

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

VANESSA CRISTINA DE SOUZA

**DIREITOS HUMANOS E O INIMIGO HOJE
CONSOLIDAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO ÂMBITO DA
JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2014**

VANESSA CRISTINA DE SOUZA

**DIREITOS HUMANOS E O INIMIGO HOJE
CONSOLIDAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS NO ÂMBITO DA
JUSTIÇA CRIMINAL NO BRASIL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho.

SÃO PAULO

2014

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus queridos pais, Luiz Carlos e Vilma, pelo amor incondicional.

Aos meus irmãos, Fernando e Marcos, meus anjos da guarda.

Aos amigos e familiares, que estiveram comigo em todos os momentos, pelo incentivo e paciência, e pelo carinho de todos os dias.

Ao meu orientador, Willis, pelo exemplo de vida, e por sempre inspirar a busca pelo conhecimento, a cada aula uma lição, um aprendizado.

Ao grande amor da minha vida, Wlado, por estar ao meu lado em todas as minhas escolhas e desafios, e pelos sonhos que sonhamos juntos, e hoje são realidade.

Ao meu filho amado, que nasce junto com esse projeto, minha razão de viver e de buscar um mundo melhor todos os dias.

Muito obrigada a todos!

RESUMO

Com o objetivo de compreender a formação do Sistema de justiça e sua relação com a democracia como condição fundamental para a efetivação dos direitos humanos, este trabalho visa a aprofundar o debate sobre Justiça Criminal por meio da análise dos mecanismos formais e informais de controle social existentes nos institutos do direito, a partir do estudo das mudanças históricas relacionadas com a formação e consolidação das instituições democráticas, para se analisar o direito penal da pós-modernidade e o uso desmedido de instrumentos repressivos autoritários em Estados Democráticos de Direito como forma de conter a criminalidade daquele considerado inimigo da sociedade, com a construção do debate sobre o poder punitivo do Estado e o seu atual monopólio da violência, abordando até que ponto esta se legitima e se justifica em Estados Democráticos de Direito.

Palavras-Chave: Democracia. Direitos Humanos. Sistema de Justiça Criminal. Autoritarismo. Estado de exceção. Soberania. Biopolítica. Controle social. Direito Penal. Inimigo. Psicanálise.

ABSTRACT

In order to understand the formation of the justice system and its relationship to democracy as a fundamental condition for the realization of human rights, this work aims to deepen the debate on Criminal Justice through the analysis of existing formal and informal mechanisms of social control institutes of law, from the study of historical changes related to the formation and consolidation of democratic institutions, to analyze the criminal law of postmodernity and excessive use of authoritarian repressive instruments of law in democratic States as a way to curb crime that considered an enemy of society, with the construction of the debate on the punitive power of the State and its current monopoly of violence, addressing the extent to which this is legitimized and justified in Democratic States Law.

Keywords: Democracy. Human Rights. Criminal Justice System. Authoritarianism. State of Exception. Sovereignty. Biopolitics. Social Control. Criminal law. Enemy. Psychoanalysis.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	07
1	Evolução dos Sistemas de Justiça.....	11
1.1	Sociedades de Cultura Primitiva.....	12
1.2	Antiguidade e o surgimento das primeiras instituições democráticas.....	15
1.3	A Idade Média e o Absolutismo.....	23
1.4	O ressurgimento dos ideais democráticos e as Declarações de Direitos.....	28
2	O Sistema de Justiça Criminal Brasileiro.....	36
2.1	As Ordenações do Reino.....	38
2.2	A Legislação Criminal do Império e da República.....	41
2.3	O Código Penal de 1940 e a Era Vargas.....	43
2.4	A Ditadura Militar e a Segurança Nacional.....	47
3	Democracia e Estado de exceção.....	51
3.1	As contribuições de Carl Schmitt.....	52
3.2	Biopolítica e o Poder do Estado em Foucault e Agamben.....	59
3.3	O Inimigo do Estado e a figura do <i>homo sacer</i>	65
4	Sistema de Justiça e os direitos humanos na pós-modernidade.....	72
4.1	A definição do inimigo hoje e os direitos humanos.....	78
4.2	A questão da liberdade e a psicanálise.....	82
	CONCLUSÕES.....	91
	BIBLIOGRAFIA.....	94

INTRODUÇÃO

O chamado Estado Democrático de Direito depende da consolidação dos princípios democráticos dentro das instituições que compõem o seu Sistema de Justiça Criminal para se tornar um instrumento de efetivação dos Direitos Fundamentais previstos na Carta Magna. Contudo, práticas autoritárias características de períodos de exceção tem se perpetuado em nossas instituições e no modo de pensar o direito de seus agentes, gerando o questionamento a respeito da maneira como o Sistema de Justiça se comporta na manutenção da exclusão social através da criminalização de condutas daqueles que são considerados inimigos do Estado.

É inegável que em um mundo globalizado toda a sociedade está interligada e as ações de cada indivíduo refletem sobremaneira sobre o todo. Nenhuma classe social ou segmento da sociedade está à parte das consequências dos atos individuais e até mesmo aqueles que vivem a margem da sociedade interferem com suas ações na vida dos demais. O modelo reativo de segurança pública e justiça criminal existente hoje na maioria dos países, com foco na atuação estatal após a prática do crime, tem se mostrado incapaz de solucionar os conflitos que mais afligem as sociedades modernas e deve necessariamente ser repensado a partir de uma análise do papel destes órgãos na evolução político-social do país, principalmente nos momentos de transição de governos autoritários para governos que se consideram pautados pelo ideal de um Estado Democrático de Direito.

Diante disso, em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil veio estabelecer um marco histórico para o início de mudanças profundas nas instituições governamentais, trazendo novos objetivos a serem alcançados dentro de uma ordem institucional que tem por um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

A conduta criminosa faz parte da vida em sociedade, cabendo aos Estados diminuir a criminalidade para níveis toleráveis, vez que sua total extirpação se mostra uma utopia e um ideal que não pode ser atingido ante a própria natureza humana. No entanto, a forma como se analisa as causas e consequência do crime é de fundamental importância quando se estuda a violência do

Estado e deve ser considerada para que a resposta estatal seja efetiva e condizente com os anseios da sociedade e não com os interesses políticos de determinado governo.

Dentro do Sistema de Justiça Criminal, o direito penal clássico, visto como a *ultima ratio*, tem sofrido uma expansão de seu campo de atuação, deixando de visar à proteção dos bens jurídicos fundamentais para se tornar instrumento de políticas estatais de controle daqueles grupos de cidadãos a serem excluídos da sociedade, os quais passam a ser tratados como inimigos a serem combatidos pelo Estado, em uma guerra contra uma suposta criminalidade que se apresenta a margem dos interesses do governo ora no poder.

Desta forma, em que pese o fato do sistema penal ser fundamentalmente voltado para a exclusão daqueles que não se adequam a vida nas sociedades de risco capitalistas, sua expansão para as demais áreas do direito, com a criminalização de questões sociais, por exemplo, tem fomentado o aumento de políticas públicas autoritárias em tempos democráticos.

Nesse sentido a noção de inimigo vem se alterando através dos tempos, e em cada período da história vislumbra-se a figura do outro como aquele a ser excluído e combatido pelo sistema, seja ele chamado de estrangeiro, bárbaro, herege, comunista, subversivo ou o terrorista da atualidade, uma vez desumanizado, ele pode ser eliminado por todo e qualquer meio, seja ele justo ou injusto, legal ou ilegal, momento este em que o direito se exclui através do próprio direito.

Assim, no primeiro capítulo será abordada a evolução dos Sistemas de Justiça no mundo ocidental, desde as sociedades de cultura primitiva, destacando-se as contribuições da Antiguidade Clássica, com a transferência do poder punitivo do particular, na chamada Vingança Privada, para um poder punitivo central, que passa a ser o detentor legítimo do monopólio da violência, através da chamada Vingança Pública, com o surgimento das primeiras instituições democráticas na Grécia e Roma Antiga.

Merece destaque a questão do crime político, já presente na figura do crime de lesa-majestade, cujas primeiras aparições ocorreram na Grécia e Roma, consubstanciado na figura

daquele que atenta contra a segurança do Estado. O sentido de *homo sacer*, de origem romana, surge nesse período histórico, sendo aquele cuja vida pode ser sacrificada, sem caracterizar o homicídio propriamente dito.

Ressalta-se a importância das Declarações de Direitos Francesa e Americana, no resgate da democracia como forma de governo dos Estados Modernos, em oposição ao absolutismo, e seu papel fundamental na afirmação da dignidade humana e dos direitos humanos, com sua positivação nas constituições modernas. Por sua vez, a ascensão da burguesia e do liberalismo político, e o surgimento de regimes totalitários de esquerda e de direita no século XX, revelaram as mazelas do sistema capitalista, destacando-se o aumento das massas de excluídos e as consequências da globalização nas políticas estatais que perpetuam e aumentam a marginalização social de determinados segmentos da população.

Em seguida, em uma análise do Sistema de Justiça brasileiro, e de sua legislação penal e processual, podemos vislumbrar que o processo de democratização do país vem passando pelo amadurecimento de suas instituições e pela superação de séculos de desmandos políticos e autoritarismo estatal, em um processo de transição que depende não somente de uma legislação criminal baseada no respeito aos direitos humanos, mas sim de uma mudança profunda na forma de atuação das instituições que compõem o Sistema de Justiça e que perpetuam o arbítrio estatal, destacando-se a experiência autoritária da Era Vargas e da Ditadura Militar, cujas consequências permanecem ainda hoje na vida política-social do país, pulsando a espera de um olhar sincero sobre o passado e sobre a real natureza da democracia que vivemos hoje.

No terceiro capítulo, destacam-se as contribuições das obras de Carl Schmitt, Michel Foucault e Giorgio Agamben, no estudo da questão da legalidade e da exceção nos Estados Democráticos de Direito, analisando a dinâmica do poder estatal soberano que perpetua o arbítrio em nossas instituições, e a relação entre amigo/inimigo e *homo sacer* nas democracias modernas, bem como o trabalho de juristas como Gunther Jakobs, que por meio do chamado direito penal do inimigo, abordam a questão da criminalização do inimigo do Estado como técnica de governo capaz de garantir a segurança estatal.

Por fim, em relação aos desafios para a efetivação dos direitos humanos frente à franca expansão do direito penal na pós-modernidade e seu impacto na criação de bens jurídicos a serem tutelados pelos Sistemas de Justiça, destaca-se as contribuições da psicanálise para se entender quem seria aquele considerado como o inimigo e como a educação se mostra o caminho revolucionário para uma real mudança de comportamento em nossas instituições para que os ideais democráticos possam efetivamente trazer mais dignidade e segurança ao homem pós-moderno.

Nesse sentido, compreender o que é uma ditadura, como a sociedade se comporta frente a sua instauração e permanência, legitimando-a ou não, é fundamental para se alcançar o ideal democrático buscado nas sociedades modernas. Tal compreensão se mostra essencial, vez que nas sociedades de risco em que vivemos, regidas pelo medo real ou imaginário do outro, daquele considerado como o inimigo, o retorno de políticas públicas arbitrárias, tais como o chamado Direito Penal do Inimigo, se revelam um alerta para que a experiência vivida durante os períodos de exceção não se repita em tempos democráticos, sob o aval de populações que amedrontadas pela criminalidade abrem mão de sua liberdade em troca de uma segurança estatal que apenas as tornam prisioneiras de seus próprios Estados.

1 EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS DE JUSTIÇA

Com o objetivo de compreender a formação dos sistemas de justiça e sua relação com a democracia como condição fundamental para a efetivação dos direitos humanos, será realizado um retorno à história da nossa civilização, a fim de se buscar as origens da pena e sua função dentro de uma sociedade organizada.

No livro “A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos”, Fábio Konder Comparato afirma que:

A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos¹.

Na história moderna, esse movimento unificador tem sido claramente impulsionado, de um lado, pelas invenções técnico-científicas e, de outro lado, pela afirmação dos direitos humanos. São os dois grandes fatores de solidariedade humana: um de ordem técnica, transformador dos meios ou instrumentos de convivência, mas indiferente aos fins; e outro de natureza ética, procurando submeter à vida social ao valor supremo da justiça.

Com base no conceito de democracia através dos tempos que se buscará identificar as principais características dos sistemas de justiça do mundo ocidental e sua relação com os Estados Democráticos de Direito, haja vista que o crime sempre fez parte da vida em sociedade, e o conflito, das relações humanas, porém sua relação com a política dominante demonstra que a criminalidade a ser verdadeiramente combatida é aquela contra a liberdade de cada indivíduo, a

¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36-37.

criminalidade estatal, que através do uso político do direito penal vem servindo aos mais diversos interesses através da história.

Discutir a indiferença e/ou o silêncio frente à violência nos períodos ditatoriais é também compreender como essas sociedades se relacionam hoje, em tempos democráticos, com os arbítrios praticados pelas forças de segurança, mais notoriamente as policiais². Para tanto, se faz necessário buscar as razões que levam o ser humano a aceitar e reproduzir a violência através dos tempos, de maneira a se buscar uma noção de direitos humanos que seja verdadeiramente capaz de garantir e proteger o homem do arbítrio.

1.1 Sociedades de Cultura Primitiva

Os primeiros sistemas penais humanos surgem nas chamadas sociedades de cultura primitiva. No livro “Fundamentos da pena”, Oswaldo Henrique Duek Marques, faz uma análise da origem e do sentido da punição nos povos de cultura primitiva, para demonstrar de que forma ela foi transferindo-se para um poder central encarregado de administrar a justiça e de canalizar e limitar a vingança para, em seguida, traçar as principais características do sistema penal através dos tempos, e as alternativas que surgem na pós-modernidade. O autor ressalta que as grandes diferenças verificadas nas práticas das sanções penais ao longo da história não se situam em seu conteúdo mítico de vingança, mas nas pretensas finalidades a elas atribuídas³.

Dentro das chamadas sociedade de cultura primitiva, vemos surgir os primeiros sistemas de pena, os quais se baseavam na relação entre totem e tabu. O totemismo compreendia as relações entre o homem primitivo e o seu totem e constituía a base da organização social e das restrições morais da tribo. O tabu, por sua vez, considerado o código não escrito mais antigo do homem, constituía proibição convencional, decorrente de uma tradição, com caráter sagrado, sem

² ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha (orgs.). **A construção social dos regimes autoritários**: Brasil e America Latina, volume II. Trad. Maria Alzira Brum Lemos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 13.

³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 09.

explicação ou origem precisa, destituída de motivo e misteriosa na origem, que passava a integrar os princípios da comunidade e era transmitida de geração para geração⁴.

Wundt descreve o tabu como o “código de leis não escrito mais antigo do homem. É suposição geral que o tabu é mais antigo que os deuses e remonta a um período anterior a existência de qualquer espécie de religião⁵”.

A punição pela violação de um tabu era, sem dúvida, originalmente, deixada a um agente interno automático, o próprio tabu violado se vingava. Quando, numa fase posterior, surgiram as ideias de deuses e espíritos, com os quais os tabus se associaram, esperava-se que a penalidade proviesse automaticamente do poder divino. Em outros casos, provavelmente como resultado de uma ulterior evolução do conceito, a própria sociedade encarregava-se da punição dos transgressores, cuja conduta levava seus semelhantes ao perigo.

Sigmund Freud sustenta que o tabu tem por base uma conduta proibida, para cuja realização há forte inclinação do inconsciente, tornando-se contagiosa, pelo risco de imitação. Por esse motivo, o transgressor deve ser punido e expiado por todos os membros da comunidade, para evitar a conduta proibida.

Não é outro o pensamento contido no livro “A violência e o sagrado”, de Rene Girard, no sentido de que os homens são governados por um mimetismo instintivo, causador de “comportamentos de apropriação mimética”, que geram conflitos e rivalidades de tal ordem. A violência, nesse contexto, afigura-se natural nas sociedades humanas, necessitando ser exorcizada pelo sacrifício de vítimas expiatórias. O sentimento de vingança, como manifestação totêmica, ou decorrente dos tabus, foi sem dúvida a primeira expressão da fase mais remota de reação punitiva entre os povos primitivos. Examinados esses aspectos da vingança no contexto primitivo, pode-se concluir que a demanda de vingança, porquanto inerente à natureza humana, permanece ao longo da história e não é afastada pelos fundamentos científicos das diversas finalidades atribuídas as

⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 18-19. O autor cita que para Freud, tabu traz um sentido de algo inabordável, sendo principalmente expresso em proibições e restrições.

⁵ FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**. Trad. Orizon Carneiro Muniz. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 28-30.

penalidades, ou pelas soluções penais modernas. Não obstante tal conclusão, em uma concepção contemporânea da pena, procura-se afastar qualquer justificativa baseada na desforra ou represália, como se fossem incompatíveis com o atual estágio da humanidade. Por esse motivo, somente com a conscientização dessa realidade mítica da vingança existirá a possibilidade de refletir sobre as práticas penais e de humaniza-las, a fim de que, na prática, possam transformar-se e tornarem-se efetivamente benéficas para a comunidade ⁶.

Nas sociedades de cultura primitiva, o homem primitivo encontrava-se ligado a sua comunidade, através de um vínculo de sangue representado pela recíproca tutela daqueles que possuem descendência comum, e dela originava-se a vingança de sangue.

Na fase da Vingança Privada, quando um crime era cometido, ocorria a reação da vítima, dos parentes e do grupo social, que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor como também todo o seu grupo. Se o transgressor fosse membro da tribo, poderia ser punido com a “expulsão da paz” (banimento), que invariavelmente levava à morte.

Segundo Freud, “se um membro de um clã é morto por alguém não pertencente a ele, todo o clã do assassinado se une no pedido de satisfação pelo sangue que foi derramado”. Todavia, se uma pessoa de determinado grupo era atingida por um grupo estrangeiro, a vingança era coletiva e incidia sobre todo o grupo agressor. Caso a violação fosse praticada por um elemento estranho à tribo, a reação era a “vingança de sangue”, considerada como obrigação religiosa e sagrada, verdadeira guerra movida pelo grupo ofendido àquele que pertencia o ofensor, culminando, não raro, com a eliminação completa de um dos grupos.

A vingança de sangue, contudo, porquanto desvinculada de um poder central e sem nenhum controle externo de sua extensão, tornava-se interminável e gerava guerras infundáveis entre as famílias, em prejuízo da própria comunidade, que restava enfraquecida, principalmente diante de guerras externas.

⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 20.

Ainda assim a vingança, no seu aspecto primitivo e privado, perdurou até ser substituída vagarosamente pelas penas públicas oriunda do fortalecimento do poder social, circunstância que só iria ocorrer na Antiguidade. Com o progresso político dos povos, passou a haver uma limitação cada vez maior da autonomia dos grupos e famílias, e por via de consequência, o afastamento gradativo da vingança privada, como forma de reação punitiva⁷.

A questão da vingança permanece no instinto humano até os dias de hoje, como forma de punição ao transgressor capaz de refazer a ordem social conturbada pelo delito, ainda que dispersa em meio aos sistemas de justiça característicos da modernidade e reflete a necessidade de questionar o porquê de a violência permanecer no agir humano.

De maneira que a violência original, intestina, pedra angular do pensamento girardiano, torna explícito um jogo diabólico que exige intermediação de heróis míticos, deuses e ancestrais divinizados a quem é atribuída a encarnação imaginária da violência. Mas a violência é de todos e está em todos. Mesmo que o sistema judiciário contemporâneo acabe por racionalizar toda a sede de vingança que escorre pelos poros do sistema social, parece ser impossível não ter que se usar da violência quando se quer liquida-la e é exatamente por isso que ela é interminável. Tudo leva a crer que os humanos acabam sempre engendrando crises sacrificiais suplementares que exigem novas vítimas expiatórias para as quais se dirige todo o capital de ódio e desconfiança que uma sociedade determinada consegue por em movimento⁸.

1.2 Antiguidade e o surgimento das primeiras instituições democráticas

Na Antiguidade, as antigas civilizações orientais eram regidas pelo chamado “estado teológico”, e a pena, via de regra, encontrava-se sua justificativa em fundamentos religiosos e tinha por finalidade satisfazer a divindade ofendida pelo crime. O sacrifício era uma forma de

⁷ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 10-12.

⁸ GIRARD, Rene. **A violência e o sagrado**. Trad. Martha Conceição Gambini. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1990, p. 09.

apaziguar a cólera dos deuses, em virtude da violação de um mandamento ou preceito divino. O bode expiatório em sua origem era um ser humano ou animal⁹.

Na fase da Vingança Divina a repressão tinha a finalidade de aplacar a ira da divindade ofendida pelo crime, bem como castigar o infrator. O castigo era aplicado pelos sacerdotes, que em quase toda a antiguidade se converteram em encarregados da justiça. Estes imprimam penas severas, cruéis e desumanas, visando especialmente à intimidação.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, em vigor até hoje. No século V a. C., tanto na Ásia quanto na Grécia (o "Século de Péricles"), nasce a filosofia, com a substituição, pela primeira vez na história, do saber mitológico da tradição pelo saber lógico da razão. O indivíduo ousa exercer a sua faculdade de crítica racional da realidade¹⁰.

Antes do período axial, em todas as civilizações, a vida ética era dominada pelas crenças e instituições religiosas, sem que houvesse distinção entre religião, moral e direito. O nascimento da filosofia, ou saber racional, e o surgimento das primeiras religiões universais, quais seja, o judaísmo, o islamismo e o cristianismo, foram marcos históricos no estudo da ciência do comportamento humano.

Na Grécia Heróica, a concepção grega de justiça encontra sua principal fonte nos poemas épicos de Homero, que relatam um Estado teocrático, no qual não se distinguia religião e direito. Posteriormente, entre os séculos VIII e VI a. C., com o desenvolvimento do pensamento político, houve debilitação da ideia teocrática do Estado, o que ocasionou a necessidade de leis escritas, cuja principal fonte foi o Código de Dracon, de 621 a. C. Em Atenas, tais leis trouxeram equilíbrio entre o poder do Estado e a liberdade individual, o que contribuiu para afastar a

⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 23-24.

¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 38.

vingança divina das práticas penais. Os sofistas por seu turno passaram a sustentar a razão como fonte do conhecimento, abrindo caminho para as doutrinas de Sócrates, Platão e Aristóteles¹¹.

Tem-se início a fase da Vingança Pública, através da maior organização social que se atingiu neste período. No sentido de se dar maior estabilidade ao Estado, visou-se à segurança do príncipe ou soberano pela aplicação da pena, ainda severa e cruel. Também em obediência ao sentido religioso, o Estado justificava a proteção ao soberano que na Grécia, por exemplo, governava em nome de Zeus, e era seu intérprete e mandatário. O mesmo ocorreu em Roma, com a aplicação da Lei das XII Tábuas.

Em fase posterior, porém, libertou-se a pena de seu caráter religioso, transformando-se a responsabilidade do grupo em individual (do autor do fato), impositiva contribuição ao aperfeiçoamento de humanização dos costumes penais.

Nesse sentido, do ponto de vista filosófico, buscou-se entender a natureza humana e sua responsabilidade pessoal. Segundo o sofismo, condensado na celebre frase de Protágoras “o homem é a medida de todas as coisas”, surgindo a ideia de que cada indivíduo decide, de acordo com seu critério pessoal, todas as questões do conhecimento, ou do comportamento, o que importa na impossibilidade lógica de se estabelecer conceitos universais, com validade para todas as pessoas, em todos os lugares e em todos os tempos¹².

Sócrates reage a esse entendimento relativista buscando um critério objetivo que permitisse, ainda que sem precisão matemática, chegar a conclusões gerais em matéria ética. Desta forma, a filosofia, vista como teoria racional da ética, inicia-se com Sócrates, o qual procurou definir as virtudes morais, por via dos conceitos, do raciocínio e das definições universais, optando pelo conhecimento racional, em oposição ao relativismo dos sofistas.

Consoante Eduardo C. B. Bittar: “Sócrates, o mestre de Platão, demonstrou ser o Direito instrumento humano de coesão social, dotado de um fim bem definido, o bem comum, objetivo

¹¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.35.

¹² COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 93.

comum a todos, consistente no desenvolvimento integral de todas as potencialidades humanas, alcançável por meio do cultivo das virtudes¹³”.

Platão (427- 347 a. C.) buscou esse fundamento objetivo na noção de arquétipo ou ideia pura. Se a filosofia ética dá razões pelas quais as ações humanas e as instituições sociais são boas ou más, basta que tenhamos a exata ciência do bem e do mal, a luz desses arquétipos puros e eternos, para termos um juízo eticamente verdadeiro¹⁴.

A lei possuía origem divina e a justiça seria a força da harmonia entre as diversas virtudes da alma. Para ele, que acreditava na imortalidade da alma, a justiça terrena tinha como único fim o respeito à lei. Propunha que se imunizasse definitivamente a sociedade contra delinquentes não passíveis de correções externas. Por isso, os incorrigíveis deveriam ser afastados da sociedade ou submetidos à pena de morte. Quanto aos corrigíveis, a pena seria uma espécie de “medicina da alma”. Pelo delito, nem só o delinquente revela estar enfermo, pois também o Estado se ressentia da sua enfermidade. Quando a saúde do Estado o exige – isto é, quando esta se acha permanentemente ameaçada por um delinquente incorrigível – impõe-se a supressão do delinquente para salvaguarda do bem comum¹⁵.

Como se vê, Platão defendia o caráter expiatório da pena e sua função de prevenção geral pela intimidação, como forma de proteger a cidade. A retribuição, além de salvar a alma do criminoso, restaurava a ordem lesada e restabelecia o equilíbrio social.

Por sua vez, Aristóteles buscou demonstrar que o bem, como finalidade objetiva de toda ação humana, é tudo aquilo que apresenta um valor para o homem. Há duas vertentes clássicas da reflexão ética, a subjetiva, centrada em torno do comportamento individual e a objetiva, fundada no modo coletivo de vida. Na primeira a regra de vida proposta, é a virtude, e na segunda, a lei. Ademais a pena tinha por objetivo restabelecer a igualdade entre os indivíduos, violada pelo ato

¹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 36.

¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 95.

¹⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 36-37.

delituoso, dentro de uma proporção aritmética, entre o justo e o injusto. Consoante sustenta em sua obra “Ética a Nicômano”, o justo é a proporção e o injusto é o que viola a proporcionalidade¹⁶.

Assim, para Platão e Aristóteles, a finalidade última do Estado só pode ser a realização da felicidade plena para todos os homens. A felicidade humana consiste em viver com justiça, de maneira que o método de reflexão busca a universalidade, pela superação das diferenças individuais ou particulares. A organização política tem por finalidade assegurar uma vida digna de homens livres, e o principal instrumento para a consecução desse objetivo é a lei.

Há duas espécies de leis, a particular, que cada povo estabelece para si mesmo, e a comum, que é a lei conforme a natureza. Aristóteles se refere a elas ao dizer que “existe algo que todos nós, de certo modo, intuímos ser, pela própria natureza, justo ou injusto em comum, ainda que não haja nenhuma comunidade ou acordo mútuo a esse respeito”.

Do fato de que a política é a principal dimensão da vida humana, e de que não é possível dissociar no mundo ético o aspecto subjetivo do objetivo, Platão e Aristóteles tiravam a conclusão lógica de que a educação do cidadão para a vida cívica é a principal tarefa do Estado. “Nada há de mais importante”, afirma Sócrates em “A República” (423 e). A reforma política deve começar pela educação dos jovens. Da mesma sorte, Aristóteles, ao acentuar a íntima ligação entre a constituição da *polis* e os hábitos de vida do povo, sublinhou que “a educação pública se exerce por meio de leis, pois somente as boas leis produzem uma boa educação”. Por conseguinte, aquele que pretende por meio da educação tornar os homens melhores deve esforçar-se por se tornar ele próprio, um bom legislador; ou seja, deve aprender a ciência da legislação. Educar para a cidadania, o frisou, numa passagem da Política (1277 b 25-35), que parece referir-se a todos os regimes, mas diz respeito tão só a democracia, consiste em formar não apenas bons cidadãos para o respeito às leis, mas também bons legisladores. A forma mais segura de garantir a estabilidade

¹⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 38.

do regime político consiste em educar politicamente os cidadãos. Acrescentou, porém, com melancolia, que essa era uma tarefa desprezada pelos homens de seu tempo¹⁷.

Em que pese à constatação de Aristóteles, há de se considerar o respeito quase religioso que os gregos em geral, e não apenas os atenienses, votavam às suas leis. Numa passagem famosa de sua obra, Heródoto reporta o espantoso diálogo que o rei dos persas, Xerxes, teria tido com um antigo rei de Esparta. O soberano persa, prestes a invadir a Grécia, manifesta o profundo desprezo que lhe inspira aquele povo pouco numeroso, composto de pessoas "todas igualmente livres e que não obedecem a um chefe único". O espartano retruca que se os gregos são livres, a sua liberdade não é completa: "eles têm um senhor, a lei, que eles temem mais do que os teus súditos a ti".

Convém ressaltar ainda que em Atenas, fazia-se distinção entre os crimes privados e públicos, sendo os primeiros àqueles que produziam danos de somenos importância - sua repressão dependia da iniciativa exclusiva da vítima, enquanto que os segundos eram aqueles que atingiam a coletividade - sua punição não podia ficar a mercê do ofendido e sua apuração era feita com participação direta dos cidadãos.

A condenação ao ostracismo, introduzida no direito grego a partir do século V. a. C., também trazia consigo elementos que, posteriormente vieram a caracterizar a noção de crime contra o Estado. Frequentemente aplicada em circunstâncias graves e durante os períodos de guerra - para que conflitos políticos internos que ameaçassem a defesa nacional e a estabilidade política da cidade-estado não tivesse continuidade - serviu para que facções opostas "se decapitassem" mutuamente. Tendo por objetivo justamente defender a democracia dos riscos de se transformar em um regime tirânico, o ostracismo, que tinha por pena o banimento, vinha aplicado cada vez que, em uma Assembleia Popular, mais de seis mil pessoas votassem manifestando a suspeita de que determinado indivíduo pretendesse impor a tirania.

¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 101-102.

Como é possível observar, a consequente pena de banimento, pressupõe a existência de uma conduta de caráter político que represente uma ameaça à democracia ateniense¹⁸. Essa seria a noção originária do chamado crime político.

Já em Roma, no período de sua fundação (753 a. C.) a pena tinha caráter sagrado. A legislação inicial mais importante surgida no período republicano foi a Lei das XII Tábuas (451-449 a. C.), que continha normas de natureza penal. A mesma evolução ocorrida na Grécia foi verificada na Roma Antiga. O legislador deixou de manifestar-se em nome dos deuses e passou a exercer seus poderes em nome do próprio povo. Diversas foram as finalidades atribuídas à pena: castigo, emenda, satisfação à vítima e prevenção geral, pela intimidação.

Com relação aos crimes contra a segurança do Estado, em um primeiro momento, durante a Monarquia e os primeiros séculos da República romana, diversos elementos que mais tarde viriam a constituir a norma evoluíram através da política jurisprudencial que caracterizou a fase clássica do direito romano. Posteriormente, algumas normas subsidiárias consolidaram a noção do delito de lesa-majestade, mesmo não existindo uma legislação específica na matéria.

Somente no período do Império, com a *lex Iulia de maiestate*, emanada pelo imperador Augusto no ano 8 a. C., o sistema penal romano pode contar com uma norma única que regesse a punição deste delito. Tendo clara influência da legislação ateniense, os dispositivos previstos no *corpus* da nova *lex* inseriam o abuso de poder conferido aos magistrados pelo povo romano no núcleo da conduta delituosa.

Como afirma Vincenzo Arangio-Ruiz, “*crimen maiestatis*” foi originalmente o abuso de autoridade da parte de um magistrado ou do Senado; delito que era habitualmente reprimido mediante multas aplicadas pelo tribuno da plebe. Deste modo, *crimen maiestatis*, que, originalmente, tinha sido a usurpação do poder por parte do magistrado e uma ameaça à constituição vinha considerado cada vez mais como delito contra o regime, que qualquer pessoa

¹⁸ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 32-33.

poderia cometer: o seu sujeito passivo identificava-se sempre mais com a pessoa do príncipe, cuja soberania se considerou ultrajada.¹⁹.

Convém ressaltar que durante o período helenístico da história jurídica romana, passou-se a aplicar o método dialético grego na análise do direito, bem como um sistema de princípios. Surge o conceito de pessoa, pedra fundamental da construção do edifício dos direitos humanos na era moderna, ao fazer uso simbólico da máscara teatral identificadora de cada personagem nas tragédias, distinguindo-se a pessoa, enquanto natureza universal do ser humano da personalidade, própria de cada indivíduo. O direito autêntico nada mais é do que a realização da justiça e a finalidade da lei consistem em formular, publicamente, as regras práticas da moralidade. Na república romana, a limitação do poder político foi alcançada, não pela soberania popular ativa, mas graças à instituição de um complexo sistema de controles recíprocos entre os diferentes órgãos políticos.

Do exposto, depreende-se que na Antiguidade a administração da pena foi sendo pouco a pouco transferida do particular ao poder central. Embora inicialmente representasse uma espécie de satisfação à determinada divindade ofendida pelo crime, passou a ser considerada como ofensa a própria comunidade. De qualquer forma, durante esse período, a pena não perdeu seu caráter de vingança, quer em seu aspecto divino, quer em seu aspecto público, não obstante o surgimento de conceitos relativos a retribuição proporcionada (Aristóteles) e a finalidade da pena como emenda do condenado (Sêneca). Tais conceitos, sem dúvida, constituíram grande contribuição da antiguidade ao desenvolvimento das ideias penais²⁰.

¹⁹ DAL RI JUNIOR, Arno **O Estado e seus inimigos**: A repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p 67-68.

²⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek . **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 43.

1.3 A Idade Média e o Absolutismo

Com a extinção do império romano do Ocidente, em 453 da era cristã, teve início uma nova civilização, constituída pelo amálgama de instituições clássicas, valores cristãos e costumes germânicos. Entre a época do direito romano, do direito germânico e a do direito moderno, estendeu-se o Direito Canônico, ou o direito Penal da Igreja, com influência decisiva do cristianismo na legislação penal.

O conjunto dessas normas, emanadas do poder pontifício, sobretudo do século XII, veio a construir o Direito Penal Canônico, que teve influência na prática da justiça punitiva, principalmente por decisões eclesiásticas recebiam execução por tribunais civis e muitas daquelas normas tornaram-se obrigatórias, com a conquista do poder temporal pela Igreja, mesmo para a autoridade civil. Desde seu reconhecimento pelo Império Romano em 325 D.C. a Igreja começou a exercer poderosa influência no Direito Penal. Um dos primeiros efeitos da intervenção da Igreja em tais domínios consistiu na humanização das penas.

O uso primitivo de resolver pela força as questões criminais não desapareceu: a prática da vingança recrudescer com a queda da monarquia franca, quando a influência do Direito Romano cedeu novamente espaço aos velhos costumes germânicos, sendo preciso para combatê-la a instituição das tréguas de Deus, do asilo religioso, das pazes territoriais.

Para o homem medieval, não só o poder, mas todas as coisas eram derivadas de Deus. O direito de punir, como consequência não fugiu à regra geral dessa espécie de delegação divina. Por esse motivo, a pena consistia em uma espécie de represália pela violação divina e objetivava a expiação como forma de salvação da alma para a vida eterna. Essa expiação explica, inclusive, o surgimento da privação de liberdade utilizada pela Igreja, como oportunidade oferecida ao condenado para meditar sobre sua culpa e arrepender-se²¹.

²¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 48-49.

A Igreja, mandatária de Deus, uniu-se ao poder secular e passou a ter influência decisiva nas questões de Estado. Entre os séculos VIII e XV, o cristianismo estabeleceu-se em toda a Europa Ocidental e o Direito Canônico foi praticamente o único escrito durante quase todo o período medieval. Sob essa ótica, a heresia era considerada um dos crimes mais graves, passível de penas mais severas, e a fé religiosa constituía interesse do próprio Estado, que passou a utilizar a Inquisição, surgida no século XIII, para fins políticos. Assim, a religião e o poder secular estavam intimamente ligados e qualquer ato de heresia constituía infração ao próprio Estado.

O papel desempenhado pela Igreja e pelo poder secular, principalmente no que se refere aos reflexos no âmbito punitivo, sofreu grande influência da filosofia cristã, cuja primeira fase foi marcada pelo pensamento de Santo Agostinho (354-43), que refletia o sentimento do homem medieval com relação à justiça divina, e a punição terrena significa para ele uma espécie de penitência, no sentido de conduzir o pecador ao arrependimento, antes de submeter-se ao juízo final.

Segundo seu entendimento, existem três tipos de penalidades: a condenação, a purgação e a correção. A primeira seria a condenação de todo o gênero humano, a partir do pecado original, a segunda seria temporária, nesta vida ou na outra, após a morte. A última, a pena corretiva, teria como objetivo a emenda do transgressor²².

A segunda fase da filosofia cristã da Idade Média foi marcada pela obra de Thomas de Aquino (1225-1274), o qual considerava que Deus investiu a autoridade civil do direito de castigar, e o exercício de tal direito devia ajustar-se o máximo possível à justiça divina. A pena, para ele, nada mais era do que a justa retribuição, segundo o exemplo divino, para promover o fim moral²³.

O pensamento ético-teológico de Thomas de Aquino, impregnado do racionalismo aristotélico, apresenta como primeiro postulado que o homem foi dotado pelo criador da

²² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 52-53.

²³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 55.

capacidade de separar a verdade do erro, mediante o uso da razão, sendo o juízo ético puramente intelectual. Além da lei eterna e da lei natural, é necessário que haja uma lei humana, que visa sempre ao bem comum e não ao bem particular, não se podendo separar o direito da justiça.

Como o homem medieval era guiado quase exclusivamente pela fé cristã, seu maior inimigo era o herege, contra o qual recaía a vingança, embora coordenada pelo poder central.

Desta maneira, assimilando o Direito Romano e adaptando este às novas condições sociais, a Igreja contribuiu de maneira relevante para a humanização do Direito Penal embora politicamente sua luta metódica visasse obter o predomínio do Papado sobre o poder temporal para proteger os interesses religiosos. Proclamou-se a igualdade entre os homens, acentuou-se o aspecto subjetivo do crime e da responsabilidade penal e tentou-se banir as ordálias e os duelos judiciais (próprios do direito germânico). Promoveu-se a mitigação das penas que passaram a ter como fim não só a expiação, mas também a regeneração do criminoso pelo arrependimento e purgação da culpa, o que levou, paradoxalmente, aos excessos da Inquisição.

No período medieval, as práticas penais entrelaçaram-se e influenciaram-se reciprocamente nos direitos romano, canônico e germânico. O direito penal, pródigo na cominação da pena de morte, executada pelas formas mais cruéis (fogueira, afogamento, soterramento, enforcamento etc.), visava especificamente à intimidação. As sanções penais eram desiguais, dependendo da condição social e política do réu, sendo comuns o confisco, a mutilação, os açoites e as penas infamantes. Prescrito o sistema de composição, o caráter público do direito penal é exclusivo, sendo exercido em defesa do Estado e da religião.

Os historiadores costumam dividir a Idade Média em dois períodos, cuja linha de separação se situa na passagem do século XI ao século XII. Nessa época, volta a tomar corpo a ideia de limitação do poder dos governantes, pressuposto do reconhecimento, a ser feito somente alguns séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social - clero, nobreza e povo - no qual eles se encontrassem.

Toda a Alta Idade Média foi marcada pelo esfacelamento do poder político e econômico, com a instauração do feudalismo. A partir do século XI, porém, assiste-se a um movimento de reconstrução da unidade política perdida. Duas cabeças reinantes, o imperador carolíngio e o papa, passaram a disputar asperamente a hegemonia suprema sobre todo o território europeu. Ao mesmo tempo, os reis, até então considerados nobres de condição mais elevada que os outros (*primi inter pares*), reivindicaram para as suas coroas poderes e prerrogativas que, até então, pertenciam de direito à nobreza e ao clero.

Foi justamente contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na Península Ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215. Despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que só viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade - o clero e a nobreza - com algumas concessões em benefício do "Terceiro Estado", o povo.

Este último, aliás, passa a tomar contornos mais definidos com a ascensão social dos comerciantes, em razão da progressiva abertura das vias de comunicação marítima, após a longa dominação árabe sobre a bacia do Mediterrâneo. Foi nas cidades comerciais da Baixa Idade Média que teve início a primeira experiência histórica de sociedade de classes, onde a desigualdade social já não é determinada pelo direito, mas resulta principalmente das diferenças de situação patrimonial de famílias e indivíduos.

O século XVII foi realmente, todo ele, e não apenas a fase de transição para o século seguinte, um tempo de profundo questionamento das certezas tradicionais. Durante os dois séculos que sucederam à era que se convencionou denominar Idade Média, a Europa conheceu um extraordinário recrudescimento da concentração de poderes.

No entanto, as liberdades pessoais, que se procuraram garantir pelo *Habeas Corpus* e o *Bill of Rights* do final do século, não beneficiavam indistintamente todos os súditos de sua Majestade, mas, preferencialmente, os dois primeiros estamentos do reino: o clero e a nobreza. A instituição-

chave para a limitação do poder monárquico e a garantia das liberdades na sociedade civil foi o Parlamento. A partir do *Bill of Rights* britânico, a ideia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas pelo menos de suas camadas superiores, começa a firmar-se como garantia institucional indispensável das liberdades civis.

Na época moderna, destaca-se entre os autores renascentistas Nicolau Maquiavel (1469-1527), para quem os fins mais vantajosos para o Estado justificavam os meios, pouco importando se tais meios colocavam em risco os direitos e as necessidades de cada indivíduo. Sua obra, “O Príncipe” reveste-se de atualidade, pois exaltava o poder de intimidação do castigo, tese hoje defendida por aqueles que acreditam na severidade da retribuição como forma de intimidação pra prevenir a criminalidade.

Thomas Hobbes (1588-1679), por seu turno, em sua obra “Leviatã”, sustenta a origem contratual do direito de impor sanções penais e justifica o pacto social com base no instinto de conservação. Os homens procuram conviver em sociedade somente quando sua vida encontra-se ameaçada. Entretanto, o contrato social não seria suficiente para preservar sua convivência, pois haveria sempre pretendentes a conquista exclusiva do poder. Por essa razão, a vontade de cada um deveria estar submetida à vontade de um único homem escolhido, que exerceria o poder de forma absoluta²⁴.

Maquiavel e Hobbes reforçaram o poder intimidativo das sanções penais, como prevenção geral, por meio do castigo, embora Hobbes também o justificasse como forma de correção do delinquente. A ideia da retribuição proporcionada das penas, por ele defendida, restou absorvida pelo absolutismo, que viria a ser instalado na Europa Ocidental²⁵.

Na sequência, verificou-se na Idade Moderna, entre os séculos XV e XVIII, uma série de transformações na estrutura da sociedade europeia ocidental, principalmente pela transição do feudalismo para o capitalismo. No campo político, ocorreu a formação dos Estados Nacionais e

²⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 60-61.

²⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.70.

os feudos foram substituídos pelas monarquias absolutas de direito divino. Nas mãos dos monarcas absolutos, o suplício infligido aos criminosos não tinha por finalidade restabelecer a justiça, mas reafirmar o poder soberano.

As sanções severas previstas nas Ordenações do Reino tinham o objetivo de intimidar a população e reafirmar o poder soberano. O crime de lesa-majestade representava ofensa direta à pessoa do rei. Consistia em uma traição, pela qual os culpados eram punidos com morte cruel e tinham seus bens confiscados. A punição, via de regra, recheada de sofrimento, constituía aviso para que as ordens do monarca fossem obedecidas. Ao praticarem os crimes, os autores, de forma direta, infringiam as leis instituídas, em prejuízo das respectivas vítimas. De forma indireta, ofendiam o soberano ou aqueles que exerciam o poder por ele conferido. O criminoso, assim, tornava-se inimigo do sistema estabelecido, razão pela qual contra ele deveriam recair as mais severas punições²⁶.

1.4 O ressurgimento dos ideais democráticos e as Declarações de Direitos

Com as novas conquistas liberais, ocorreu, no campo penal, o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança pública. A partir de então, deveria a sociedade encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas. Com o fim do absolutismo, as sanções, por via de consequência, perderam a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade. O delinquente, por sua vez, passou a ser considerado violador do pacto social, tornando-se inimigo da sociedade.

Nesse ambiente destacam-se as ideias de Cesare Beccaria, reconhecido como o primeiro abolicionista da pena de morte, por considerá-la cruel e ineficaz à prevenção geral. Todavia, em “Dos delitos e das Penas”, Cesare Beccaria iria concordar com a pena capital para o cidadão em

²⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.72-74.

dois casos “o primeiro, quando, ainda que privado da liberdade, ele conserva poder e relações tais que podem afetar a segurança nacional; o segundo quando sua existência pode produzir uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida”. Assim, a morte de algum cidadão se torna necessária quando a nação recupera ou perde sua liberdade, ou, em tempos de anarquia, quando as próprias desordens tomam o lugar das leis²⁷. Além dessas exceções, em “Voto sobre a pena de morte”, voltaria a defender a pena capital em caso de subversão contra o Estado. Para ele, a sanção máxima justificar-se-ia no caso de o réu, mesmo preso, poder influir na subversão do Estado. Deste modo, como sublinha Arno Dal Ri Junior, o marques italiano, indiretamente reconhece como válida e reforça a noção de “*lesa maiesta*”²⁸.

Beccaria foi uma das primeiras vozes a repercutir na consciência pública para a reforma da sistemática penal operada no fim do século XVIII, estendendo-se até o início do século XIX, culminando com a consolidação da Escola Clássica. Seus princípios básicos foram: a legalidade dos crimes e das penas, a indistinação das pessoas perante a lei penal, a lei penal deveria ser tão completa e minuciosa que ao juiz não restasse lugar para interpretações ou criações de tipos incriminadores ou de penas não-cominadas e proporcionalidade das penas aos delitos, propondo também um novo fundamento à justiça penal.

É no decorrer do Iluminismo que se inicia o chamado Período Humanitário do Direito Penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal no fim do século XVIII. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do direito de punir e da legitimidade das penas.

Na época contemporânea, a reação aos atos de punição cruelíssimos e arbitrários, por meio de suplícios, em nome do absolutismo, surgiu com a própria evolução da humanidade, principalmente com a filosofia do século XVIII. A ilustração desse século influenciou

²⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª Ed. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Ver. Da Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 95.

²⁸ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Os fundamentos da pena**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 79-82.

diretamente a Revolução Francesa e, com ela, a consagração dos princípios contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Nos Estados Unidos, o artigo 1º da Declaração de Direitos da Virgínia de 16 de junho de 1776 constituiu o registro de nascimento dos direitos humanos na História. E o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A "busca da felicidade", repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança.

Treze anos depois, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: "Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º). O reconhecimento da fraternidade só foi alcançado com a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.

A consequência imediata da proclamação de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, foi uma mudança radical nos fundamentos da legitimidade política. Ainda aí, a Declaração de Direitos de Virgínia deu o tom: "Todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva".

A democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* - o clero e a nobreza - e tornar o governo

responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.

Daí por que, se a democracia ateniense tendia, naturalmente, a concentrar poderes nas mãos do povo (demos), a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a minoria rica. As instituições da democracia liberal – limitação vertical de poderes, com os direitos individuais, e limitação horizontal, com a separação das funções legislativa, executiva e judiciária - adaptaram-se perfeitamente ao espírito de origem do movimento democrático. São assim os chamados direitos sociais, ou a reivindicação de uma participação popular crescente no exercício do governo (referendo, plebiscito, iniciativa popular legislativa, orçamento participativo).

De qualquer modo, esse feito notável de geração dos primeiros direitos humanos e de reinstituição da legitimidade democrática foi obra de duas "revoluções", ocorridas em curto espaço de tempo, em dois continentes.

São esses direitos, constitucionalmente assegurados como liberdades públicas, que, desde sua positivação, demarcaram as trincheiras de resistência do cidadão contra os excessos de arbítrio do poder soberano. Neles se concentra as razões da verdadeira justiça contra violência, mesmo que revestida de legalidade²⁹.

A chamada Revolução Americana foi essencialmente, no mesmo espírito da *Glorious Revolution* inglesa, uma restauração das antigas franquias e dos tradicionais direitos de cidadania, diante dos abusos e usurpações do poder monárquico. Na Revolução Francesa, bem ao contrário, todo o ímpeto do movimento político tendeu ao futuro e representou uma tentativa de mudança radical das condições de vida em sociedade.

²⁹ GIACOLA JUNIOR, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, Dec. 2008, p. 268. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2014.

As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas. É preciso reconhecer que o terreno, nesse campo, fora preparado mais de dois séculos antes, de um lado pela reforma protestante, que enfatizou a importância decisiva da consciência individual em matéria de moral e religião; de outro lado pela cultura da personalidade de exceção, do herói que forja sozinho o seu próprio destino e os destinos do seu povo, como se viu sobretudo na Itália renascentista.

Mas, em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia cedo se revelou uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular o salário e as demais condições de trabalho. Fora da relação de emprego assalariado, a lei assegurava imparcialmente a todos, ricos e pobres, jovens e anciãos, homens e mulheres, a possibilidade jurídica de prover livremente à sua subsistência e enfrentar as adversidades da vida, mediante um comportamento disciplinado e o hábito da poupança.

Com a Revolução Industrial e a instituição do capitalismo como sistema dominante a favorecer a classe burguesa, surgem as desigualdades sociais e econômicas que serão objeto da crítica marxista. Para Karl Marx, na sociedade burguesa, o Estado ostenta defender o bem comum do povo, mas na verdade ele protege, por meio da ficção jurídica, o interesse próprio da classe burguesa.

A pretensão burguesa à emancipação encerra uma contradição que se expressa, em termos políticos, entre os direitos do homem (considerado em seu estado natural de indivíduo privado e egoísta) e de cidadão (agora considerado do ponto de vista de sua pertença a uma comunidade política baseada no reconhecimento de direitos civis). Contudo, a esfera do Estado não é mais do

que a instância de organização jurídico-política que assegura e perpetua a diferença e a dominação de classes, a exploração, e os interesses econômicos da burguesia, detentora do poder político³⁰.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição Francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919.

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade reconheceu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.

Não é de admirar, assim, que a transformação radical das condições de produção no final do século XX, tornando cada vez mais dispensável a contribuição da força de trabalho e privilegiando o lucro especulativo, tenha enfraquecido gravemente o respeito a esses direitos em quase todo o mundo.

³⁰ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, Dec. 2008, p. 277. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2014.

Entre as duas guerras mundiais, o Direito Penal distanciou-se da corrente humanitária e tornou-se extremamente repressivo. Predominou então o tecnicismo jurídico, segundo o qual o Direito Penal devia desvincular-se de qualquer indagação de política criminal ou de cunho filosófico, o que ocasionou um retrocesso em face do positivismo crítico.

Com relação à Itália Fascista, a política criminal que fundamentou a significativa reforma na legislação penal italiana realizada durante o fascismo baseava-se, primordialmente em dois fatores: o primeiro, ligado a uma maior severidade contra a delinquência em nome da defesa do Estado e dos interesses individuais e coletivos por este considerados merecedores de tutela; o segundo, ligado à introdução de novos institutos considerados mais modernos e adequados à prevenção do delito, tais como as medidas de segurança³¹.

Desta forma, entre os bens jurídicos a serem tutelados, a segurança do Estado torna-se o grande monumento, que detém o primado entre os demais. Uma “formatação” que será seguida também pelos ideólogos do nazismo e que será levemente modificada nos Estados Unidos, vindo, pois, a engendrar a famigerada doutrina da “segurança nacional”³².

Durante os anos trinta e início dos anos quarenta, com o auge do nacional-socialismo na Alemanha, surge na cidade de Kiel um grupo de pesquisadores ligados ao regime do Führer, que se dedicaram a elaboração de uma doutrina penal que, possuindo matrizes totalitárias, pudesse servir como base teórica para as normas emanadas pelo governo nazista. Conhecida como Escola de Kiel, esta pregava, sobretudo, o abandono do direito penal do ato, considerado com excessivas garantias em favor dos delinquentes frente à orientação liberal que avalizava a teoria do delito e da pena. A elaboração teórica da Escola de Kiel apresentava o Direito como instrumento de ordenação da vida social, legitimado pelo espírito do povo (Geistvolk)³³.

³¹ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225.

³² DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 238-239.

³³ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 244-245.

Nesse contexto, uma das primeiras modificações realizadas pelo governo de Adolf Hitler no ordenamento penal alemão evidencia o processo de transfiguração do crime de lesa-majestade aos crimes contra a segurança do Estado. Trata-se da emanção da Lei de Proteção do Povo Alemão, promulgada em fevereiro de 1933, que reprimia de forma severa a atividade dos membros e simpatizantes das entidades comunistas sediadas na Alemanha, vistas como ameaças a segurança do Estado.

Após a Segunda Guerra Mundial, em reação aos crimes contra humanidade nela cometidos, ocorreu um movimento de retorno às concepções humanitárias, que contribuiu para a atualização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e para a valorização e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta das Nações Unidas seriam marcos históricos inequívocos do reconhecimento da dignidade inerente a toda pessoa humana, bem como a garantia de direitos iguais e inalienáveis, como fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, preservando as futuras gerações de seres humanos da repetição dos flagelos da guerra e da barbárie³⁴.

E a defesa dos direitos humanos contra as constantes violações perpetradas através dos tempos passa necessariamente pela atuação do Estado, o qual, como responsável pela aplicação da lei, tem um papel essencial a desenvolver dentro da sociedade, reafirmando os valores e princípios que regem, ou ao menos deveriam reger a vida de seus cidadãos.

³⁴ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política**. Kriterion, Belo Horizonte, v. 49, n. 118, Dec. 2008, p. 273. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2014.

2 O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL BRASILEIRO

Desde o descobrimento, o Sistema de Justiça Criminal brasileiro vem se consolidando através de uma série de avanços e retrocessos, conforme o período histórico analisado, e segue as tendências do mundo ocidental no que tange ao recrudescimento do aparato repressivo estatal, em especial no que diz respeito aos crimes contra a segurança do Estado.

O processo penal adotado no Brasil, no período colonial seguiu o modelo derivado das Ordenações do Reino, sobretudo as Ordenações Filipinas então vigentes. Desde as Ordenações Afonsinas, de 1379, que antecederam as Filipinas e lhe lançaram luzes, já era possível observar a existência, tanto do inquérito propriamente dito, no qual a presença das partes era garantida, quanto das três formas de proceder criminalmente na apuração de infrações penais, independentemente da presença do acusado, e que eram: a acusação inscrita pelo auto de querela; a denúncia, que não se inscrevia por ser considerada o instrumento de delação secreta à disposição dos mais fracos, e a inquirição, que se iniciava ex-officio pelo Estado.

Quando da vigência das Ordenações Manuelinas, que se inseriu entre as Ordenações Afonsinas e as Filipinas, estabeleceram-se as inquirições devassas gerais e as inquirições devassas especiais. As primeiras, para apurar anualmente, no primeiro mês de cada ano, quando os juízes iniciavam seus trabalhos, a existência de crimes incertos, num verdadeiro “arrastão”, a apanhar tudo o quanto pudesse existir de infração penal; e as segundas, que partiam de fatos certos, mas cujas autorias ainda não eram conhecidas. Os suplícios e torturas também eram adotados com vistas à obtenção de confissões, os quais só foram abolidos, juntamente com as prisões indiscriminadas e as devassas gerais, com a antecipação, no Brasil, das garantias “liberais” da Constituição da Monarquia Portuguesa de 1821.

No período da reforma liberal brasileira, posterior à independência do país, a transição política passou pela reforma judiciária no que toca à criação dos Juízes de Paz, em 1827. Os Juízes de Paz eram eleitos pelo povo, com atribuições conciliatórias, policiais e de restauração social da comunidade, porquanto iam desde a conciliação em questões civis, passando por

estabelecimento de termos de bem viver para prostitutas, bêbados e vadios, até a apuração da infração penal, com o interrogatório de suspeitos e a reunião do *corpus delicti* para a formação da prova, a ser passada para o magistrado criminal. Esses princípios liberais revestiram o Código de 1832 e perduraram por quase dez anos.

Em 1841, entretanto, veio ao cenário jurídico a Lei n.º 261, que trouxe modificações importantes no processo penal, dentre elas a restrição das atribuições dos Juízes de Paz, conferindo aos Delegados de Polícia, nomeados pelo Governo, funções policiais e judiciárias para formar a culpa e proferirem decisão de pronúncia. Com relação aos julgamentos definitivos das infrações penais, estes ficavam a cargo dos Juízes Municipais, cuja escolha não mais era condicionada à indicação dos vereadores, e dependiam diretamente do Executivo. Era uma legislação calcada no princípio da autoridade, que se entendia abalada por revoluções, pela anarquia e pelos atentados contra a propriedade, a honra, a vida e a segurança pessoal de um modo geral, que se estabelecera no país após 1831 e cuja legislação liberal, então vigente, não fora capaz de prevenir e reprimir, segundo discursavam seus opositores.

Na verdade, o que mais transparece dos fatos históricos apurados, é que o embrião de um sistema judiciário de perfil conciliatório, com a participação popular direta na eleição de juízes e ampla atuação dos cidadãos na apuração e julgamento de infrações penais - sobretudo através do júri – em oposição ao sistema inquisitorial funcionalizado em torno dos interesses do Governo, que escolhia seus juízes, promotores e autoridades policiais, e lhes distribuía competências e atribuições, só progrediu até aonde foi sustentável pelos interesses políticos dos grupos dominantes num dado período e numa dada conjuntura.

É que, após a independência do Brasil, num período que se delinea, principalmente, entre 1827 e 1831, os liberais constituíam a oposição política aos interesses centralizados que o imperador procurava fazer prevalecer no novo país independente. Entretanto, na medida em que após 1831 os liberais foram se sedimentando no poder, galgando espaços públicos e políticos com a ajuda da imprensa e de grupos burgueses ascendentes, logo passaram a perceber que as conquistas que determinados institutos asseguravam a todos, não lhes eram mais interessantes enquanto poder, o que acabou convergindo para o enfraquecimento do pouco que se havia

progredido em termos de reforma do processo penal brasileiro. Isto, aliado ao fato de que tal reforma não tivera a profundidade para caracterizar uma verdadeira modificação do sistema judiciário nacional, acabou desgastando a legislação processual penal, daquele período, e levando à edição de substitutivos que retomaram o viés inquisitorial e de autoridade de nosso processo penal. Posteriormente à Lei n.º 261 de 1841, veio a lume, a Lei n.º 2.033, de 1871, regulada pelo Decreto n.º 8.824, de 1871, que passou a estabelecer novos paradigmas para o processo penal brasileiro, trazendo a separação da polícia da judicatura.

Com a proclamação da República, em 1891, a Carta Constitucional daquele ano passou a orientar direitos e garantias que o processo penal deveria observar, mesmo sendo aplicado de forma autônoma pelos diversos Estados-membros. Finalmente, em 1941, e na certeza de que era necessário sistematizar as regras de processo penal num único Código para todo o país, é editado o Decreto-lei n.º 3.699, de 1941, o Código de Processo Penal que vigora ainda hoje.

Como se pode perceber, mesmo com a inserção de algumas garantias individuais a nível constitucional, ocorridas, sobretudo, após a proclamação da República, o sistema processual penal no Brasil não chegou a se afastar do modelo predominantemente público e de autoridade, utilizado na busca da verdade e da solução do conflito derivado da prática da infração penal por meio da punição através do processo³⁵.

2.1 As Ordenações do Reino

Desde o descobrimento até a Proclamação da Independência, Portugal aplicou na então colônia as leis vigentes na metrópole. E nesta época, todo o Ordenamento Jurídico português estava consubstanciado nas “Ordenações do Reino”, cujos títulos faziam menção ao monarca que

³⁵ GOMES, Abel Fernandes, ANTUNES, Rita de Cássia Alves; REGO, Roberta da Silva Dumas; CHAZAN, Carlos Eduardo Leite; RIBEIRA, Renata Gil. **Persecução Penal e devido processo legal no Brasil e aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Criminal**. Disponível em: <http://www.proppi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos/alunos/5/01.pdf>
>Acesso em: 05 fev. 2014.

as havia instituído. As Ordenações eram basicamente coletâneas das leis existentes em Portugal, que versavam sobre Direito Público, Privado e Canônico (dada a importância da Igreja Católica no período), bem como questões relacionadas à diplomacia e à sucessão do trono. As Ordenações regulamentaram o Direito Penal brasileiro até a promulgação do Código Criminal do Império em 1830.

Ao todo, três Ordenações exerceram influência no Brasil: as Ordenações Afonsinas (1500 – 1514), em um breve período, sendo muito pouco utilizadas; as Ordenações Manuelinas (1514 – 1603), sob a égide das quais teve início a organização judiciária brasileira, em 1532; e as Ordenações Filipinas (1603 – 1830), as de maior duração, que regeram o Direito Português e Brasileiro em uma época de renovações, revoluções e descobertas nunca antes imaginadas possíveis.

Organizadas em cinco livros, as Ordenações estavam longe de constituir um ordenamento completo: muitos institutos do Direito foram esquecidos ou excepcionalmente lembrados. Quanto às medidas, que afetavam a liberdade, a servidão penal era muito usada nos casos em que judeus e mouros se faziam passar por cristãos: e nestes casos, os ofendidos podiam tomá-los como escravos. A prisão, prevista com frequência, tinha precipuamente função preventiva, numa tentativa de evitar uma eventual fuga do autor do crime até seu julgamento, além de ser um meio de obrigar o agente a pagar as penas pecuniárias.

Havia ainda a pena capital, morte, cominada em grande quantidade de crimes, como o homicídio, o estupro, o adultério (quando não perdoado pelo ofendido. O adultério era severamente punido desta forma por ser entendido como uma afronta à família, aos costumes e, principalmente, às instituições cristãs) e os crimes de lesa-majestade, bem como o degredo e o banimento para as colônias portuguesas recém-descobertas, dentre elas, as ilhas na costa oeste da África e o Brasil.

Meio século após a promulgação das Ordenações Afonsinas, já no início do século XVI, o rei D. Manuel I de Portugal, buscava uma modernização das instituições jurídicas portuguesas, talvez para somá-las às glórias de seu reinado. A modernização, porém, não foi realmente significativa: a estrutura era semelhante às Ordenações Afonsinas, possuindo cinco livros, dos

quais o último era tocante ao Direito Penal e Processual Penal; as penas permaneceram, com poucas alterações.

As prisões eram arbitrárias e ficava a critério do monarca fixá-las para cada caso. A pena de morte, por sua vez, continuava a ocorrer com a mesma frequência, operando-se das mais variadas formas, como pela mutilação física, com uso da espada, pelo esquartejamento, em fogueira, com o amarro do corpo em boca de canhão etc. Sob a égide das Ordenações Manuelinas, foram instaladas as primeiras instituições jurídicas do Brasil, por meio da instituição das Capitanias Hereditárias, em 1532.

Ao assumir o trono de Portugal em 1580, o rei Filipe II da Espanha empreendeu uma verdadeira reforma jurídica no país, adequando-as ao período e tornando-as, em parte, semelhante ao ordenamento espanhol. Também organizadas em cinco livros, as Ordenações Filipinas remodelaram as velhas Ordenações Manuelinas, acrescentando a elas as Leis Extravagantes formuladas durante todo o século XVI e mais algumas criadas pelos legisladores encarregados de sua elaboração.

As Ordenações Filipinas trouxeram consigo uma enorme centralização do Poder Judiciário nas mãos do monarca, além de um elenco de sanções corporais extravagantes consubstanciadas na absurda quantidade de tipos penais.

Aliado a isso, as Ordenações trouxeram certos privilégios para os fidalgos, cavaleiros, desembargadores, burocratas e pessoas de alto nível, excluídas das chamadas “penas vis”, como o açoitamento em público, em antinomia a uma total imposição do “Direito Penal do Terror” aos hereges, apóstatas, feiticeiros, benzedeiros e uma infinidade de “pessoas perigosas” à integridade política e religiosa do Reino, além dos escravos, que eram vítimas de reprimendas ainda mais violentas. As sanções iam do suplício à morte, do banimento à tortura, da privação da liberdade à mutilação, todas executadas com rigores demasiados até para a época, tais como a marcação com ferro em brasa e os açoites.

Os suplícios, muito utilizados não só em Portugal, mas em toda a Europa da Idade Moderna, principalmente na França, tiveram expressiva atuação nas Ordenações Filipinas. Assim, a história brasileira assistiu sob a égide das terríveis Ordenações Filipinas, ao célebre processo da Inconfidência Mineira, que culminou com o enforcamento de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, e no banimento de vários outros líderes na insurreição, em um dos maiores e mais polêmicos casos jurídicos nacionais.

2.2 A Legislação Criminal do Império e da República

A Independência do Brasil, em 1822, aliada aos movimentos filosóficos e culturais trazidos pelo século das luzes no âmbito penal, principalmente a publicação, em 1764 do livro “Dos Delitos e Das Penas”, de Cesare Beccaria, no qual é latente a defesa de que a reprimenda deve ser “pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstancias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”, despertou na população brasileira e em seus novos governantes a sede de uma nova legislação penal, mais moderna e liberta das velhas ideologias portuguesas, de forma a projetar no campo jurídico as mudanças ocorridas em nossa grande nação. As Ordenações Filipinas, entretanto, vigoraram até 1830.

A Constituição Imperial de 1824 determinava em seu art. 179, parágrafo 18, a organização “o quanto antes de um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”. Nos dispositivos seguintes, a Constituição protegia as liberdades públicas e os direitos individuais, bem como aboliu as penas cruéis como a marcação com ferro em brasa, a tortura e os açoites. Estabeleceu que as cadeias deveriam ser seguras, limpas e bem arejadas, devendo haver várias casas para a separação dos réus conforme o delito que lhes é imputado. Finalmente, vedou as perseguições religiosas e a prisão de indivíduos sem prévia culpa formada, proclamando a inviolabilidade do domicílio e o princípio da personalidade da pena.

Com fortes influências liberais e humanitárias, o Código Criminal do Império tornou-se um documento invejável pelas demais nações do mundo, pela valorização da dignidade e da

cidadania nacionais. No tocante à sua sistemática, não havia no Código as partes Geral e Especial, sendo que seus 313 artigos foram distribuídos em quatro títulos: Dos crimes e das penas (arts. 1º ao 67); Dos crimes públicos (arts. 68 ao 178); Dos crimes particulares (arts. 179 ao 275); e Dos crimes policiais (arts. 276 ao 313).

A privação da liberdade passou a ser utilizada cada vez mais como alternativa para as sanções corporais. A pena de morte era prevista em três casos: homicídio agravado, latrocínio e insurreição de escravos. Completava a lista de reprimenda as galés, a prisão com trabalho (que poderia ser de caráter perpétuo), a prisão simples, o banimento, o degredo, o desterro, a multa, a suspensão do emprego e a perda do emprego (como alternativas à pena privativa de liberdade) e os açoites (apenas para escravos, mas abolidos em 1886).

Uma vez proclamada a República, pelo Decreto n.º 1 de 15 de novembro de 1889, o governo chefiado pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca estabeleceu de imediato as regras que os Estados-membros deveriam seguir. Antes mesmo de o novo Código entrar em vigor, o Governo baixou o Decreto n.º 774 de 20 de setembro de 1890, que extinguiu as galés, reduziu ao máximo de 30 anos as prisões perpétuas e estabeleceu que deveria computar-se na pena o período da prisão preventiva. O Código Penal de 1890 não previa as medidas de segurança, que só seriam introduzidas no atual Código Penal brasileiro, de 1940.

Classificadas em principais (mais severas) e acessórias (mais brandas), as penas previstas eram a prisão celular, a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório, a prisão disciplinar, o banimento, a interdição, a suspensão e perda de serviço público e a multa, fixada em dias.

O Código Republicano declarava expressamente que não deveria haver penas infamantes e que a prisão não deveria exceder 30 anos, além de abolir definitivamente a pena de morte, como, aliás, previu a Constituição promulgada quatro meses depois. Por fim, adotou os princípios de personalidade e personificação da pena, demonstrando forte influência do positivismo jurídico do século XIX. No decorrer do século XX, por várias vezes tentou-se reformar o Código Penal de 1890, especialmente após a tomada do poder por Getúlio Vargas, a consolidação das leis penais de 1932 e a imposição do Estado Novo, com as Constituições de 1934 e 1937.

2.3 O Código Penal de 1940 e a Era Vargas

No auge da Ditadura Vargas, Alcântara Machado elaborou um anteprojeto de Código Penal que incorporava as tendências jurídicas e humanistas recentes, trazendo o que de melhor havia nos ensinamentos de Nelson Hungria, Vieira Braga, Narcelio de Queiroz e Roberto Lyra, com colaborações de Costa e Silva e Abgar Renault para a revisão e redação final do projeto, em um processo que durou aproximadamente dois anos. Mesmo com o Congresso fechado por ocasião do Estado Novo, o projeto, após a devida revisão (que inseriu, retirou e alterou certos dispositivos), foi aprovado e sancionado por Getúlio Vargas através do Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940.

No artigo “Estado, Sociedade e Controle Social no pensamento jurídico-penal no governo Vargas”³⁶, Rivail Carvalho Rolim trata do período compreendido entre os anos 1930 e 1945, destacando as profundas mudanças sociais, políticas e econômicas na sociedade brasileira ocorridas no período. Em função dessas transformações houve uma redefinição dos termos da vivência, que foi desde a participação mais ativa do Estado na vida social até a construção de um ideário que valorizava o coletivo em detrimento do individual, com um novo papel assumido pelo sistema jurídico-penal no controle da criminalidade, bem como novos mecanismos foram utilizados pelo Estado para garantir a ordem social.

Para manter a tranquilidade, a paz e a ordem social, em meio aos debates para a mudança do ordenamento jurídico-penal, começou-se a fazer críticas no sentido de que somente as penas não eram suficientes para fazer frente à criminalidade em curso no país. Narcélio de Queiróz, um dos membros da Comissão Revisora do Código Penal, dizia que esta sanção penal era inútil como corretivo em relação a certas classes de delinquentes: os profissionais e os incorrigíveis em geral. Para o pensamento jurídico-penal, o Estado não podia somente punir as pessoas, devia pensar em

³⁶ ROLIM, Rivail Carvalho. Estado, Sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no governo Vargas – 1930/1945. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: vol. 2 no. 5, setembro-dezembro 2010, p. 69 - 88.

uma forma de discipliná-las para que se integrassem à sociedade com vista ao interesse geral da coletividade.

De acordo com o Código Penal, os indivíduos considerados perigosos seriam submetidos a medidas de segurança pessoais detentivas e não detentivas. As primeiras consistiam em reclusão em manicômios judiciais, em casas de custódia e tratamento, em colônias agrícolas e institutos de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional. As segundas consistiam em liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares e exílio local.

Cabe uma referência às pessoas consideradas perigosas no ordenamento jurídico-penal, as quais deveriam ser submetidas às medidas de segurança. Conforme a Lei das Contravenções Penais eram aquelas condenadas por motivo de contravenção cometida em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando fosse habitual a embriaguez (art. 14), por entregar-se habitualmente à ociosidade (art. 59) ou por mendigar por ociosidade ou cupidez (art. 60). Estavam enquadrados nesta tipificação também aqueles que eram reincidentes em explorar ou realizar a loteria denominada de jogo do bicho (art. 58) e estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público (art. 50).

Ocorre um processo de criminalização dos desocupados, mesmo porque um dos grandes objetivos do Governo Vargas era transformar o homem em cidadão trabalhador, responsável por sua riqueza individual e também pela riqueza do conjunto da Nação; ou seja, trabalhar era um direito e um dever do homem, uma obrigação para com a sociedade e para com o Estado. Não obstante, esse processo de disciplinamento e controle social passava também pelo código jurídico-penal, e não somente pela legislação social.

Essas sanções penais poderiam ser impostas no momento da sentença, durante o período de execução da pena ou quando a pessoa, mesmo que livre, fosse considerada um perigo para a sociedade. O argumento central era que, se somente se aplicasse a pena, o condenado poderia sair das instituições penais mesmo ainda representando perigo à sociedade. Para os criminalistas, esta sanção judicial atacava justamente a reincidência, porque não podia haver uma revogação se não se comprovasse a ausência de periculosidade do delinquente.

Diante disso, fica evidenciado que as medidas de segurança constituíam um poderoso instrumento de controle social da população, não só no momento em que foram criadas, mas também nos períodos subsequentes, haja vista que submetiam os segmentos sociais vistos como perigosos a um sistema de confinamento, muitas vezes, alheio às normas processuais. Neste sentido se começou a falar que no ordenamento jurídico-penal tinha sido introduzida de forma sub-reptícia a pena de prisão perpétua no país.

A reclusão (cominada em no máximo 30 anos para cerca de 130 tipos penais) e a detenção (cominada em no máximo três anos para cerca de 170 casos) constituíam as penas privativas de liberdade, reservada a prisão simples para as Contravenções Penais, exauridas em Decreto-Lei posterior. Juntamente com a multa, completava o elenco das penas principais. Note-se que havia pouquíssimas possibilidades de uma pena de multa substituir uma privativa de liberdade. As penas acessórias, por seu turno, consistiam na perda de função pública, interdições de direitos e publicação da sentença. Para as contravenções, funcionavam como penas acessórias a interdição de direitos e a publicação da sentença. Era admitida a possibilidade de aplicação de uma pena principal cumulada com uma acessória.

Várias Leis Ordinárias reformularam o Código Penal no decorrer dos anos, complementando-o e adequando-o às circunstâncias atuais, e mais alguns considerados registros pontuais, legislações específicas para determinados assuntos que auxiliam o Código Penal em sua função de proteger os bens jurídicos fundamentais, como são exemplos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03) e a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/06). A Carta Criminal de 1940 resistiu às intenções dos militares de instituir um novo ordenamento penal durante as décadas de 1960 e 1970, e até hoje regula o poder punitivo do Estado Brasileiro.

Por sua vez, quanto aos crimes contra a segurança do Estado, desde a proclamação da República até 1935, eram regulamentados no ordenamento penal brasileiro do mesmo modo que os crimes comuns. Somente com a ascensão de Getúlio Vargas ao governo, ocorrida através da revolução de 1930, e, posteriormente, com o surgimento do Estado Novo e sua característica

repressão política, iniciou-se o processo que culminaria na exclusão de tais crimes da codificação penal. Um processo que veio a se concretizar com a emanção da primeira Lei de Segurança Nacional, em 1935, e mais tarde, com a ausência de tais crimes no *corpus* do novo Código de 1940³⁷.

A Lei de Segurança Nacional (LSN) promulgada em 1935 definia os crimes contra a ordem pública e social. Sua principal finalidade era transferir para uma legislação especial os crimes contra a segurança do Estado, submetendo-os a um regime mais rigoroso, com o abandono das garantias processuais.

Em setembro de 1936 foi promulgada a Lei n.º 244, que criava o Tribunal de Segurança Nacional, subordinado a Justiça Militar e encarregado de aplicar a Lei de Segurança Nacional aos crimes políticos, que, até então processados e julgados pela Justiça Federal, passaram a ser de competência desse tribunal.

Típico tribunal de exceção, o TSN era composto por juízes civis e militares escolhidos diretamente pelo presidente da República e deveria ser ativado sempre que o país estivesse sob “estado de guerra”. A criação do TSN estava ligada a repressão dos envolvidos no fracassado levante comunista de novembro de 1935, organizado pela Aliança Nacional Libertadora. A função do tribunal era processar e julgar, em primeira instância as pessoas acusadas de promover atividades contra a segurança externa do país e contra as instituições militares, políticas e sociais³⁸.

Em abril de 1945 Vargas assinou o Decreto-Lei n.º 7474, que concedia anistia aos prisioneiros políticos, inclusive Luiz Carlos Prestes. O decreto beneficiou os que cometeram crimes políticos e conexos, tendo esses últimos sido julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Após a queda da ditadura do Estado Novo em 1945, os princípios que guiavam a legislação de Segurança Nacional foram mantidos no ordenamento brasileiro, passando, porém,

³⁷ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 264-265.

³⁸ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 268-271.

até as vésperas da ditadura militar, por uma espécie de flexibilização. Contribuiu pra tal fenômeno a emanção da Lei n.º 1802/53, que suavizara a repressão aos crimes políticos.

2.4 A Ditadura Militar e a Segurança Nacional

Ao tratar da questão do autoritarismo, o livro “A construção social dos regimes autoritários”, projeto desenvolvido no Núcleo de Estudos Contemporâneo da Universidade Federal Fluminense (NEC-UFF) reúne textos sobre diversos regimes autoritários e ditaduras, em diferentes países e momentos do século XX, a partir de duas questões-eixo: como determinado regime autoritário ou ditadura obteve apoio e legitimidade na sociedade, e como os valores desse regime já estavam presentes na sociedade, o que permitiria dizer que tal forma de governo seria uma construção social³⁹.

De maneira que o estudo dos períodos de exceção no Brasil deve ir além do aparato repressivo do Estado, e considerar também a realidade político-social do país, diante dos acontecimentos que vinham ocorrendo no mundo, com destaque para a questão do crescimento do comunismo no imaginário da sociedade conservadora brasileira durante a Guerra Fria e o aumento da participação popular na política.

Durante os anos de João Goulart (1961-1964), a sociedade assistiu a um confortável crescimento e amadurecimento da mobilização popular em torno de projetos políticos. Camponeses, operários, estudantes e militares protagonizaram greves, ocupações de terra e manifestações públicas com repercussões até então inéditas na nossa história política.

Grande parte desses movimentos sociais estreitou seus interesses em torno do projeto de reformas de base, projeto esse que compreendia mudanças na estrutura agrária, urbana, na educação, reformas institucionais, como a extensão do direito de voto aos analfabetos, além de

³⁹ ROLLEMBERG Denise; QUADRAT, Samantha (orgs.). **A construção social dos regimes autoritários: Brasil e America Latina**, volume II. Trad. Maria Alzira Brum Lemos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

políticas de controle do capital estrangeiro e a nacionalização de alguns setores da economia. Acirram-se, assim, tensões políticas e pressões sobre o governo, que desde início foi marcado por crises político-institucionais, como também pela crise econômica, em parte herança das administrações anteriores.

Num outro espectro se situava uma classe média amedrontada com a contínua perda de poder aquisitivo e com as ditas tendências esquerdizantes do presidente, tão alardeadas pelas forças conservadoras e um empresariado cada vez mais descontente, que ansiava por medidas que pudesse conter o avanço das forças populares e dar um novo equilíbrio ao quadro econômico. Os grupos conservadores, que havia alguns anos denunciavam a iminência do “perigo comunista” no país, perceberam a necessidade de intensificar sua campanha de oposição ao governo e de arregimentação da opinião pública, levando ao golpe militar de 1964⁴⁰.

Cabe ressaltar, que nesse período surgiu nas classes conservadoras a crença de que a intervenção militar nas instituições democráticas expressava um desejo da sociedade, uma intervenção necessária para a defesa da democracia contra a ameaça comunista, não o início de um estado de exceção que submeteu o país a vinte e um anos de puro arbítrio estatal.

No período dos governos militares (1964-1985), a doutrina de segurança nacional ganharia novamente importância com a sua reformulação, realizada pela Escola Superior de Guerra. A primeira norma jurídica a trazer a nova doutrina adotada pelo regime militar foi o Decreto-lei n.º 314/67. Também é possível encontrar seus elementos teóricos no Preâmbulo do Ato Institucional n.º 5, de dezembro de 1968. A Emenda Constitucional de 1969 e, depois, o Decreto-lei n.º 510/69, contribuíram para consolidar e enrijecer ainda mais a sua aplicação⁴¹.

A conceituação doutrinária de segurança nacional foi inicialmente elaborada pelo comando da Escola Superior de Guerra e desenvolvida pelos pensadores que deram suporte à ditadura militar. As primeiras linhas teóricas adotadas apontam para um discurso

⁴⁰ ROLLEMBERG Denise; QUADRAT, Samantha (orgs.). **A construção social dos regimes autoritários**: Brasil e América Latina, volume II. Trad. Maria Alzira Brum Lemos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 74-75.

⁴¹ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 280-282.

desenvolvimentista que impunha a presença de uma estrutura forte como necessária pra gerar a segurança interna.

Esse discurso estava consciente da necessidade e por isso, constantemente reafirmava que a consecução dos objetivos nacionais, tais como o desenvolvimento econômico e social, somente poderia acontecer pelas mãos de um poder forte. Este poder deveria fornecer, através da segurança nacional, os pressupostos para que se chegasse ao tão almejado desenvolvimento. A grande lacuna desta doutrina, mantida ou não premeditadamente, era a imprecisão do conceito de segurança nacional. Uma imprecisão que abria um imenso campo de manobra para os mecanismos da ditadura, dando espaço para que o discurso autoritário livremente ampliasse a gama de crimes contra a segurança nacional, apresentando seus agentes como inimigos do desenvolvimento da nação brasileira⁴².

Em 1978, no governo de Ernesto Geisel, é emanada a nova Lei de Segurança Nacional, definindo os crimes contra a segurança nacional e estabelecendo a sistemática para seu processo e julgamento. Por sua vez, em 1979 a Lei n.º 6.683 concedeu anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

À medida que os combativos movimentos que se opunham à ditadura militar e aos seus mecanismos de poder corroíam politicamente as bases ideológicas que serviram como fundamento para os governos dos generais, também as críticas ferrenhas movidas contra a política de segurança nacional implementada a partir de 1967 deslegitimavam a norma de 1978. A tal ponto que em 1983 é promulgada uma nova Lei de Segurança Nacional, contendo uma significativa flexibilização em relação aos velhos e iníquos ditames da doutrina da Escola Superior de Guerra. Desde o final da ditadura militar e da promulgação da Constituição Federal

⁴² DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 285-287.

de 1988, a Lei de Segurança Nacional foi aplicada raríssimas vezes. Tendo sido esvaziada do conteúdo autoritário que caracterizou as normas anteriores em um contexto em que as tensões sociais são bem menores, a LSN foi perdendo o seu significado original ao se adaptar a nova realidade⁴³.

Contudo, a recente retomada dos movimentos sociais no Brasil vem trazer novos questionamentos sobre a aplicação da Lei de Segurança Nacional aos indivíduos que fizeram parte das manifestações que tomaram o país em junho de 2013, levantando novamente o debate sobre a incidência do direito penal na criminalização dos movimentos sociais, através da aplicação de uma lei voltada para a segurança do Estado para questões sociais ligadas aos limites do direito à livre manifestação.

⁴³ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 295-296.

3 DEMOCRACIA E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Conforme dispõe Rogério Schietti Machado Cruz⁴⁴, é corrente a afirmação de que os sistemas de justiça dos países de formação romano-germânica e anglo-americana se apresentam como sistemas permeados por valores e princípios inerentes à democracia. Nem sempre, entretanto, existe uma correspondência razoável entre os postulados democráticos que informam o ordenamento jurídico de um dado país e a prática viva desses postulados no funcionamento das instituições e no comportamento dos cidadãos e, sobretudo, dos agentes públicos.

A democracia, em sua acepção mais geral pode ter sua compreensão estendida para qualquer área ou esfera de poder em que alguns governem outros, desde que, porém tal governança não se de por mera vontade ou arbítrio dos governantes. É na voz de Norberto Bobbio o governo das leis por excelência, caracterizado por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelece quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos, sob a condição que o façam em um Estado de Direito, ou seja, em um Estado que não apenas exerce o poder *sub lege*, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo. A transposição desse pensamento para o sistema de justiça criminal – cenário onde as mais agudas regras do jogo democrático são definidas, expressadas e questionadas – carrega a ideia de que os diversos países possuem processos penais mais democráticos ou menos democráticos, a depender da quantidade de regras estabelecidas, e talvez, mais importante, de quantas delas são efetivamente observadas na prática.⁴⁵

Progressivamente, portanto, a persecução penal passa a alinhar-se aos postulados inerentes a um Estado Democrático de Direito, e se configura não mais como “um mero instrumento de efetivação do Direito Penal”, mas verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais, e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado.

⁴⁴ MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal e democracia**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013, p. 23.

⁴⁵ MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal e democracia**. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013, p. 26.

O grande paradoxo da persecução penal na pós-modernidade é que apesar da preocupação crescente com a efetivação dos direitos humanos, com o aumento progressivo do número de leis e normas que tratam da matéria, o que se vê é uma tendência a um recrudescimento da resposta estatal aos problemas sociais, através da expansão do direito penal. Como forma de combate a criminalidade, diminuem-se as garantias processuais e aumenta-se o arbítrio estatal, principalmente em relação aos indivíduos que compõem os grupos marginalizados da sociedade, violando-se o direito através do próprio direito.

3.1 As contribuições de Carl Schmitt

Diante da inconsistência entre o discurso democrático e as políticas públicas dos Estados Modernos, surge a questão sobre o que de fato é um Estado Democrático de Direito, e como as sociedades modernas lidam com a real natureza de suas instituições políticas e jurídicas, enfrentando o papel paradoxal do Estado, responsável pela violação e pela garantia de proteção dos direitos humanos.

Em uma crítica à democracia liberal, Carl Schmitt trata da crise do princípio da representação, no qual repousa o conceito político de poder soberano, que desemboca na emergência de um poder total. No livro “Metamorfose do Poder”⁴⁶, Alexandre Franco de Sá traz um diálogo com o pensamento do autor, e baseia sua sugestão no fato de que o poder não desaparece, mas apenas se reconfigura e se transforma, consequentemente, a ausência do poder, o espaço vazio deixado pelo desaparecimento de um poder claramente circunscrito e visível, é apenas uma forma possível da presença desse mesmo poder. E se a ausência do poder não for senão um modo particular da sua manifestação, então aquilo que é hoje apresentado, de acordo com a narrativa de uma “tradição da liberdade”, como um desaparecimento do poder, na sua coerção e violência, consistirá afinal numa sua metamorfose, em uma transformação intrínseca pela qual ele aparece sob a forma do seu desaparecimento e da sua ausência.

⁴⁶ SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder**: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012, p. 22.

Em sua obra “Teologia Política”, Carl Schmitt define o soberano, em uma determinada ordem legal constituída, como “aquele que decide sobre o estado de exceção” ⁴⁷, e retoma o conceito de soberania, buscando nos momentos de fundação ou refundação dos Estados - revoluções e golpes de Estado, por exemplo - o extrato desse conceito. Uma das marcas essenciais da soberania, quando ela existe de fato, é a possibilidade de o soberano determinar leis sem que ele próprio esteja obrigado a obedecê-las.

Se o poder soberano se traduz em uma determinada ordem interna, no poder de decidir sobre o estado de exceção e a suspensão da legalidade normalmente em vigor, ele reflete-se, no plano externo, na possibilidade de decidir para um Estado sobre quem é amigo e inimigo desse mesmo Estado. Tal decisão corresponde, para Schmitt, à existência da soberania no plano político propriamente dito. Pressupõe sempre a democracia como baseada em uma igualdade constituída enquanto tal pela exclusão do desigual, de maneira que a força política de uma democracia mostra-se em saber eliminar ou manter à distância o estranho e o desigual que ameaça a homogeneidade⁴⁸.

Se a tese schmittiana for entendida como alusão a uma sucessão de regimes políticos – a monarquia absoluta nos séculos XVII e XVIII; a democracia liberal no século XIX; a democracia de massas totalitárias no século XX – se diria, a partir da nossa contemporaneidade política, que o esboço de tal movimento histórico está pura e simplesmente errado. Deste modo, propor a atualidade da sua tese implica sugerir que Schmitt pretendia dar à emergência dos fenômenos totalitários dos anos 20 e 30 um significado que os ultrapassava. Se o significado histórico-espiritual do nazismo alemão ou do comunismo russo se esgota no trágico, mas relativamente fugaz, aparecimento e desaparecimento dos regimes que lhes deram visibilidade, ou se o seu significado profundo se prolonga hoje, ainda que invisivelmente⁴⁹.

⁴⁷ SCHMITT, Carl. Politische Theologie. **Vier Kapitel zur lehre Von der Souveranita**, Berilim, Duncker e Humblot, 1996, p. 13 In: SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder**: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita. 2012, p. 32-33.

⁴⁸ SCHMITT, Carl. Politische Theologie. **Vier Kapitel zur lehre Von der Souveranita**, Berilim, Duncker e Humblot, 1996, p. 13 In: SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder**: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita. 2012, p. 41.

⁴⁹ SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder**: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012, p. 41-44.

Deste modo, vemos na atualidade uma sociedade determinada pela democracia liberal configurada institucionalmente como um Estado republicano e democrático, no qual homens tolerantes e deliberantes são, como cidadãos, chamados a exercer a sua capacidade de escolha através do direito de voto e no qual este mesmo voto é a única fonte legitimadora da tomada de decisões políticas⁵⁰.

O cidadão da democracia liberal contemporânea desdobra-se então em uma vida dupla. Por um lado, ele é inteiramente livre no domínio privado, exigindo da parte do Estado o absoluto respeito por sua privacidade. Por outro lado, o exclusivo investimento na sua vida privada, a sacralização do privado que a “religião da privacidade” exige, o conduz a uma fuga da vida pública, ou seja, a uma indiferença não só diante de assuntos públicos ou políticos, como diante da necessidade de deliberar publicamente, ou o que aqui é o mesmo, racionalmente sobre as suas posições e os seus princípios privados⁵¹.

Em 1923, Carl Schmitt publicou “A situação intelectual do sistema parlamentar atual”, cujo argumento central é que as grandes finalidades que classicamente justificam os sistemas parlamentares, “discussão” e “publicidade”, haviam sido subvertidas pela experiência histórica. Isto é, as democracias de massa realmente existentes, com suas organizações partidárias transformadas em máquinas eleitorais e seus parlamentos em palcos de barganhas de interesses raramente confessáveis, tornaram esses dois objetivos meras peças de ornamento, demonstrando uma crise em suas bases filosóficas, o que reforça a tese levantada sobre a crise da representatividade das democracias modernas.

Outra questão suscitada por Schmitt versa sobre o princípio geral de legalidade e, sobre a legalidade constitucional, a qual não constituiria, por si mesma, uma instância especial. Em sentido inverso, defende que cada organismo público e, por isso, cada cidadão poderia ser

⁵⁰ SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder**: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012, p.51.

⁵¹ SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder**: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012, p.56.

considerado como um potencial guardião dos valores constitucionais, questão que até mesmo foi positivada em algumas constituições como no caso da Constituição da Grécia de 1927, que dizia que a guarda da constituição era confiada ao patriotismo dos helenos.

Desta potencial organização dos indivíduos como protetores da Constituição, resultaria um direito à desobediência que, se apresenta como uma espécie de “direito revolucionário” em casos de necessidade. Motivo pelo qual, em certas constituições este apareceria como um direito positivado. Mas para Schmitt, a função constitucional do protetor da Constituição se radica precisamente em suprir e fazer supérfluo este geral e eventualíssimo direito à desobediência e à resistência. Apenas com esta ação seria possível dizer que existe um efetivo guardião da Constituição, de acordo com o “espírito” das instituições.

Como mostra em “Legalidade e Legitimidade⁵²”, publicado em 1932, o Estado concebido de acordo com sua teoria da soberania e do guardião da constituição não é um estado totalitário embora total nos termos da teoria das ordens concretas (família, religião, exército e burocracia). Schmitt tinha em vista o Estado alemão de seu tempo, institucionalizado pela Constituição de Weimar e a sua experiência democrática a partir da unidade do povo alemão. Na sua concepção o Estado fundado no princípio da igualdade é um Estado Democrático, pois para ele se trata da igualdade de cidadãos, portanto um estado da liberdade, se se entende o cidadão como livre, na medida em que exerce a liberdade como autonomia pública da vontade, pela participação na criação da lei que o rege. Trata-se por, do exercício da liberdade, como direitos políticos.

A decisão instaura uma ordem, propõe um ponto fixo para a sociedade e instituições que se organizaram, reportando-se sempre a esta decisão primeira. O soberano determina a possibilidade da regra de direito, decidindo na situação de exceção: “Para uma ordem legal fazer sentido, a situação normal deve existir é o soberano quem definitivamente decide se esta situação normal realmente existe”. A decisão soberana instaura o jogo político do próprio pensamento do ordenamento concreto. A decisão como ponto de referência poderá até mesmo ser negada,

⁵² SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Trad. de Tito Lívio Cruz Romão; Coord. e Sup. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 14 -15.

servindo sempre, todavia, como ponto de referência para a instauração de uma normalidade das ordens concretas.

Na teoria do “ordenamento concreto”, Schmitt advoga um tipo especial de ditadura durante o estado de exceção, a ditadura comissária, que age para restaurar a Constituição. Neste tipo de ditadura, o ditador tem um ofício constitucional. Ele age em nome da Constituição, mas toma medidas para preservar a ordem. Estas medidas não são limitadas pelo direito, elas são extralegais. Por tal motivo, a doutrina de Schmitt envolve um aparente paradoxo. Apesar de toda a sua ênfase na relação amigo-inimigo, na decisão final, na situação de crise, de exceção, de caos, o seu objetivo é a manutenção da ordem. Ele fundamenta-se na política sem direito para combater a ausência do direito.

Para o autor, é difícil prever e definir com clareza quais são os limites do Estado de exceção. É certo que uma Constituição pode até mesmo prever a competência do governante durante o período de exceção. Todavia, não pode determinar com toda precisão o limite deste poder soberano. O soberano decide tanto sobre a ordem que subsiste no caso extremo de emergência quanto sobre as ações que devem ser realizadas para superar o caos, trazendo de volta a normalidade. Ele está fora do ordenamento jurídico normalmente vigente e, entretanto, pertence a este, posto que cabe a ele a competência para decidir se a Constituição “*in toto*” pode ser suspensa.

Em 1960, Schmitt escreveu o texto “A Tirania dos Valores”, texto que aborda questões relativas a uma filosofia dos valores na ética e a hierarquização de valores. Para ele, o que está em questão nesse espaço intersubjetivo, é a dignidade dos inimigos, a qual está sempre ameaçada pela específica lógica que os valores têm e o conteúdo dado a eles em um determinado contexto histórico. Nesse texto, ele critica o aumento de importância de valores equívocos, excludentes, de flutuação livre, nos níveis jurídico, político e ideológico.

Os valores não são, existem apenas enquanto dotados de validade. Valem para algo ou para alguém. Em outros termos, existem somente enquanto valem para alguém; ou, por outra, não existem. Anota Schmitt que quem diz valor quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem

afirma sua validade tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular.

E, adiante, Schmitt cita Nicolai Hartmann para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o “reverso fatal”: também valem sempre contra alguém. Mais grave é que, além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma: o preço supremo não é demasiado para o valor supremo e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do sem valor. A apreensão do significado da expressão tirania dos valores dá-nos – a observação é de Carl Schmitt – “a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses⁵³”.

De acordo com Schmitt, a lógica dos valores levou a uma guerra de todos contra todos, na qual os valores funcionam como os espectros de deuses desencantados: o seu caráter absoluto gera inimigos absolutos, pois ninguém pode falar de valor sem implicar em um não-valor. Um juízo de valor implica um juízo de ausência de valor. A lógica do valor é, portanto, “a lógica da falta de valor, e a destruição do portador dessa falta de valor”. As pessoas têm de “considerar o outro lado como inteiramente criminoso e desumano, como totalmente sem valor. Caso contrário, eles próprios são criminosos e desumanos”. Os valores subjetivos são objetivados, os seus portadores ocultados. Qualquer um pode se apropriar deles em suas lutas.

Ao final de sua vida, em 1963, no prefácio à 3ª edição de “O Conceito do Político”, Schmitt reconhece que a era do Estado como detentor do monopólio da decisão está acabando. É chegado o momento em que a decisão é “socializada”, no sentido de que ela agora é social. Assim, as próprias distinções entre paz e guerra, direito estatal e direito internacional vão perdendo a sua validade. O direito passa, cada vez mais, a ser visto como um direito interplanetário, e a unidade política como um “Superestado”.

⁵³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>. Acesso em 17.04.14

O avanço da tecnoburocracia, dos critérios econômicos fundadores da racionalidade administrativa e econômica são, talvez, os principais responsáveis pela perda do monopólio do político por parte do Estado. “A degradação do Estado, a guerra civil, passam através do exaurimento do poder decisional, o qual, por sua vez, vem a depender de uma multiplicação de instâncias que pretendem autonomia decisional”.

Na Teoria da Constituição, é afirmado que a degradação do Estado é um tema recorrente no pensamento político germânico. Para Schmitt, o federalismo, policracia e pluralismo degradam a vida política, transformando-a numa trama de contratos e negociações que dissolvem qualquer conteúdo público da vida política. Tal fato é hoje muitas vezes reconhecido por “privatização do Estado”.

Por fim, ao buscar uma decisão fundamental por uma ordem substancial dentro do Estado Democrático de Direito, o autor visa evitar a destruição da própria legalidade e legitimidade. Ao término do livro “Teoria Processual da Constituição”, Willis Santiago Guerra Filho ressalta que a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes.

E o Estado Democrático de direito depende essencialmente de procedimentos, não só legislativos e eleitorais, mas também judiciais, para que se dê a sua realização. Não basta a previsão constitucional para que os direitos sejam efetivos. O compromisso básico desse Estado é a harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a pública (Estado), privada (indivíduo) e a esfera coletiva (considera os indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para realização de objetivos econômicos, políticos, culturais, etc.). Esse parece ser o caminho para se chegar a um Estado de Direito que se diga realmente democrático.

3.2 Biopolítica e o Poder do Estado em Foucault e Agamben

Partindo-se dos estudos de Carl Schmitt, desdobra-se aqui o trabalho desenvolvido por Michel Foucault sobre a questão dos limites e contornos do poder estatal nas democracias pós-modernas, no que diz respeito aquela zona cinzenta e indefinida que se encontra o estado de exceção. Se o poder soberano incidia sobre o homem enquanto cidadão, o poder total incide agora sobre o homem enquanto homem, ou seja, sobre o homem exposto, na sua pura vida, como essa mesma vida puramente mobilizada, manipulada e gerida por algo que o ultrapassa e determina.

Segundo Michel Foucault, o poder soberano já é um poder biopolítico, embora limitado: o poder de expor a vida à morte. A tal poder correspondem às características schmittianas da soberania: a possibilidade de abrir o estado de exceção e o *jus belli*. E a este poder soberano, absoluto, mas não total, segue-se não um desaparecimento do seu caráter absoluto, mas a extensão quantitativa da sua já absoluta intensidade. O poder de interferir na vida do homem – desde os projetos de controle de natalidade até os programas eugênicos ou ao trabalho com a genética – constitui o âmbito da tradução quotidiana deste novo poder. E assim, a possibilidade de um poder já não de expor à morte, mas de fazer viver, corresponde a uma intensificação do poder soberano, àquilo a que, no seguimento de Foucault, Giorgio Agamben chamou a exposição da própria “vida nua” do homem, num “campo” que constitui um espaço imanente onde exceção e norma se indistinguem⁵⁴.

Tem-se instalada a era do biopoder, representada pelo surgimento de numerosas técnicas de sujeição dos corpos e de controle das populações. O biopoder é entendido por Foucault, com um elemento importante do desenvolvimento do capitalismo, porque ele insere os corpos nos meios de produção mediante sua sujeição e ajusta as populações aos processos económicos.

⁵⁴ SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder: prolegômenos schmittianos a toda a sociedade futura**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012, p. 62-63.

Para que esse ajuste das populações e essa sujeição dos corpos sejam possíveis, o capitalismo demanda o desenvolvimento de inúmeros aparelhos de Estado, na forma de instituições de poder, que criam técnicas para esse poder atuar em diferentes níveis do corpo social. Assim, por meio das instituições mais diversas, a biopolítica garante sua rede de atuação, controlando as diferentes forças produtivas, necessárias ao capitalismo, e gerando fatores de segregação e hierarquização social.

Para o filósofo francês não se trata de pensar poder por meio do Estado, um ente que detém poder e a violência legítima, o que criaria um embate bilateral entre aqueles que o querem, ou seja, excluídos do poder, e aqueles que o dominam, e, portanto, detêm-no. Não se trata de estudar a exclusão social, pois, para tanto, seria necessário preservar o modelo bilateral de poder. Mas trata-se de entender o poder fora dos domínios do Estado, nas diversas instituições sociais que geram as políticas ditas de “inclusão social” e que, na verdade, classificam, separam, distinguem, excluem o sujeito da possibilidade de participar igualitariamente da sociedade, de exercer plenamente sua liberdade, e de ver no outro um semelhante.

Vê-se nascer, ou melhor, renascer, no campo da política, a figura do *homo sacer*, ou seja, aquele que, no direito romano, tem uma vida que não vale a pena, e, portanto não tem sua morte ritualizada. Se o Estado, na biopolítica, escolhe uma determinada vida para ser vivida, todos têm, potencialmente vidas que não merecem ser vividas. Parece que aqui se encontram os contornos de uma desumanização provocada pela política⁵⁵.

Por sua vez, Giorgio Agamben em “Estado de Exceção” ressalta a importância de não esquecer o contemporâneo processo de transformação das constituições democráticas entre as duas guerras mundiais quando se estuda o nascimento dos chamados regimes ditatoriais na Itália e na Alemanha. Sob a pressão do paradigma do estado de exceção, toda a vida político-constitucional das sociedades ocidentais começa a assumir uma nova forma que, talvez, só hoje tenha atingido seu pleno desenvolvimento.

⁵⁵ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 41-43.

Inicia sua análise sobre o estado de exceção a partir do estudo do ordenamento jurídico. Para ele, a lacuna do ordenamento jurídico não é uma carência do texto legislativo que deve ser integrada pelo Judiciário, mas a suspensão do ordenamento para garantir sua existência⁵⁶.

O autor questiona o que seria esse estado de exceção e como ele se apresenta nas democracias ocidentais. A incerteza do conceito corresponde exatamente à incerteza terminológica. O estudo se serve do sintagma "estado de exceção" como termo técnico para caracterizar o conjunto coerente dos fenômenos jurídicos aos quais se propõe definir. Esse termo é comum na doutrina alemã (*Ausnahmezustand*, mas também *Notstand*, estado de necessidade) e estranho às doutrinas italiana e francesa, que preferem falar em decretos de urgência e de estado de sítio (político ou fictício). Na doutrina anglo-saxônica prevalecem, porém, os termos *martial law* e *emergency powers*⁵⁷.

O termo que já era utilizado pelos juristas alemães para indicar os poderes excepcionais do presidente do Reich segundo o art. 48 da Constituição de Weimar registra, pela primeira vez, a transformação dos regimes democráticos em consequência da progressiva expansão dos poderes do Executivo durante as duas guerras mundiais e, de modo mais geral, do estado de exceção que as havia acompanhado e seguido. Ele não se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer uma natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica. Nesse sentido, aparece a clara associação entre o político e o jurídico na definição do estado soberano e na decisão fundamental que institui a legalidade e a exceção a ela.

A história da expressão "estado de sítio fictício ou político" nos parece instrutiva. Remonta à doutrina francesa, em referência ao Decreto Napoleônico de 24 de dezembro de 1811, o qual previa a possibilidade de um estado de sítio a ser declarado pelo imperador, independentemente da situação efetiva de uma cidade sitiada ou diretamente ameaçada por forças inimigas.

⁵⁶ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 66.

⁵⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.15.

Posteriormente, o estado de sítio teve uma progressiva emancipação em relação à situação de guerra a qual estava ligado na origem, para ser utilizado, em seguida, como uma medida extraordinária de polícia em caso de desordens e sedições internas. Assim, passou de efetivo ou militar para fictício ou político. Embora de um lado (no estado de sítio), o paradigma seja a extensão em âmbito civil dos poderes da autoridade militar em tempo de guerra, e, de outro, uma suspensão da constituição (ou das normas constitucionais que protegem as liberdades individuais), os dois modelos acabam convergindo para um único fenômeno jurídico ao qual chamamos “estado de exceção”.

Sobre o tema, a história do art. 48 da Constituição de Weimar está estritamente entrelaçada com a da Alemanha do período entre as duas guerras. Assim, não é possível compreendermos a ascensão de Hitler ao poder sem analisarmos preliminarmente dos usos e abusos desse artigo entre os anos de 1919 a 1933. Seu precedente imediato era o art. 68 da Constituição bismarkiana, segundo o qual caso a segurança pública estivesse ameaçada no território do Reich, ao imperador era atribuída à faculdade de declarar uma parte do território em estado de guerra (*Kriegszustand*). Além disso, remetia, para definir suas modalidades, à lei prussiana sobre o estado de sítio, de 4 de junho de 1851.

O artigo 48 acrescentava que uma lei definiria, nos aspectos particulares, as modalidades do exercício desse poder presidencial. Considerando que essa lei nunca foi votada, os poderes excepcionais do presidente permaneceram de tal forma indeterminados que não só a expressão "ditadura presidencial" foi usada abundantemente na doutrina em referência ao art. 48, como também Carl Schmitt pode escrever, em 1925, que "nenhuma constituição do mundo havia, como a de Weimar, legalizado tão facilmente um golpe de Estado⁵⁸".

O único dispositivo jurídico que, na Inglaterra, poderia ser comparado ao *état de siege* francês é conhecido por *martial law*; trata-se, porém, de um conceito tão vago que foi possível

⁵⁸ SCHMITT, Carl. **Die Diktatur (A Ditadura)**. 1921, p.183. In: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 33.

defini-lo, com razão, como "um termo infeliz para justificar, por meio da *common law*, os atos realizados por necessidade com o objetivo de defender a *commonwealth* em caso de guerra⁵⁹".

Entretanto, isso não significava que algo similar a um estado de exceção não pudesse existir. A possibilidade da Coroa declarar a *martial law* limitava-se, em geral, aos *Mutiny Acts* em tempo de guerra; contudo, acarretava necessariamente graves consequências aos civis estrangeiros envolvidos na repressão armada. Assim, Carl Schmitt tentou distinguir a *martial law* dos tribunais militares e dos processos sumários que, inicialmente, foram aplicados apenas aos soldados para concebê-la como um processo puramente factual e aproximá-la do estado de exceção⁶⁰.

Apesar da nomenclatura 'direito da guerra' não se trata, na realidade, de um direito ou uma lei, mas, antes, um procedimento guiado essencialmente pela necessidade de atingir um determinado objetivo ⁶¹.

No Brasil, a Constituição de 1988, ao tratar da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas institui no capítulo I, o sistema constitucional de crises, trazendo o artigo 136, que trata do estado de defesa e o artigo 137, que disciplina o estado de sítio. Traz ainda um segundo capítulo, referente à constituição das Forças Armadas e um terceiro capítulo, no qual trata da Segurança Pública, reconhecendo uma possível legalidade extraordinária para a preservação e reestabelecimento da ordem pública e da paz social.

Nesse sentido, José Afonso da Silva observa que o sistema constitucional das crises fixa normas que visam à estabilização e a defesa da Constituição contra processos violentos de mudança ou perturbação da ordem constitucional, mas também a defesa do Estado quando a situação crítica derive de guerra externa. Então a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção⁶².

⁵⁹ ROSSIRER, **Constitutional Dictatorship** - Crisis government in the Modern Democracies. 1948, p.42. In: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.33.

⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.33.

⁶¹ SCHMITT, Carl. **Die Diktatur (A Ditadura)**, 1921, p.183. In: AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, p.33.

⁶² SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª Ed., p. 617-618.

Referidos mecanismos devem, contudo, respeitar o princípio da necessidade, sob pena de configurar o arbítrio e verdadeiro golpe de estado, bem como o princípio da temporariedade, sob pena de configurar verdadeira ditadura⁶³.

Há de se destacar a questão da atuação do Exército para “pacificar” áreas de conflito dentro do território nacional, para o combate ao narcotráfico e ao crime organizado, vez que houve um aumento no número de intervenções militares do Exército brasileiro em áreas afetadas pela criminalidade organizada, como nas comunidades pacificadas do Estado do Rio de Janeiro, e em razão da greve dos policiais militares do Estado da Bahia, ambas ocorridas em abril de 2014. As medidas foram tomadas pela presidente Dilma Rousseff, que assinou os decretos autorizando o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e Ordem atendendo a uma solicitação dos governadores Sergio Cabral e Jaques Wagner. Com isso, conferiu poder de polícia as Forças Armadas, com autorização para realizar patrulhas, vistorias e prisões em flagrante .

Logo, permanece a polêmica se na atualidade, poderia se falar no uso do Exército para a defesa da democracia contra a criminalidade comum, vez que nestes casos, o delinquente passaria a ser considerado inimigo do Estado e das instituições democráticas, e levando em consideração a tese de Agamben, o estado de exceção deixa de ser emergencial e excepcional e começaria a ser utilizado como técnica de governo para o controle da criminalidade, o que vai de encontro a própria legalidade da ação estatal.

Tal como ocorreu em 1964, o golpe militar inicialmente foi tratado pelas classes conservadoras como uma intervenção necessária para a defesa da democracia contra a ameaça comunista, e veio a configurar um estado de exceção que perpetuou vinte e um anos de arbítrio estatal. A adoção de tais medidas emergenciais para o combate da criminalidade comum surge como um alerta para a ameaça de instauração de um estado de exceção dentro do Estado brasileiro.

⁶³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11ª Ed. São Paulo: Método, 2007, p. 631-632.

Diante do acirramento das tensões, e do aumento da criminalidade, verifica-se a falência generalizada dos governos estaduais na área de segurança pública, de maneira que poderia se pensar que o crime se organizou de tal forma que se tornou capaz de criar ameaças diretas às instituições democráticas, exigindo assim uma intervenção militar nos termos da Constituição Federal. Na realidade, o país sofre com a falta de investimento estatal nas forças de segurança, o que vem fomentar a necessidade do auxílio do Exército para coibir a ação de delinquentes comuns, que não tem relação com qualquer doutrina ou ideologia contrária ao Estado Democrático de Direito, ou seja, não se vislumbra ameaça às instituições democráticas, no sentido clássico do crime político, e sim a ineficiência do estado em lidar com as novas formas de criminalidade organizada pelas vias ordinárias, o que faz os governos buscarem medidas excepcionais e arbitrárias para lidar com o delinquente de rua.

Nesse momento em que o arbítrio se instaura, que a figura do inimigo, do excluído, se apresenta e ganha destaque no Estado Democrático de Direito, quando historicamente, seu lugar de existência por excelência é na exceção, na emergência, onde o direito com ela se confunde em uma zona cinzenta e indefinida.

3.3 O Inimigo do Estado e a figura do homo sacer

Da relação entre direito e soberania, da definição de Weber do Estado como “uma comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território”, o que presenciamos no momento é a ubiquidade da violência, em todos os planos e espaços de convivência, desde a família, passando pela comunidade em que se mora, desde as menores até as grandes cidades, para atingir a escala planetária, onde atuam Estados e organizações paraestatais que não se limitam a exercer a violência em determinado território⁶⁴.

⁶⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago; GARBELLINI CARNIO, Henrique. **Teoria Política do direito** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 115.

O direito nessa configuração se apresenta em um estado de tensão permanente entre o ideal de justiça, jamais realizado – ao menos, abstratamente, como a verdade, que é a forma da justiça, sendo também ela um ideal regulador, para os que a buscam, seja pela ciência, seja pela filosofia – e a realidade da violência, na qual se ampara o poder, poder de por e impor o direito, sendo a violência a forma cujo conteúdo é o sofrimento causado a um sujeito, passivo, por um outro sujeito, ativo, para assujeita-lo à simples violência de uma vontade de poder, de um desejo de sujeição para tentar suprir uma carência de ser.

Rene Girard, em a “Violência e o sagrado” (1972), sustenta a tese de que só o sacrifício de alguém, o “bode expiatório”, pode catalisar a violência de todos contra todos, gerada pelo desejo mimético que acomete o ser humano, desejando o desejo do outro, por não saber por que e o que deseja.

Esses “bodes expiatórios”, em nossas sociedades modernas, por serem modernas e racionais, contrárias à magia e aos mitos, se apresentam na forma dos excluídos/incluídos dessas sociedades, ou seja, os que se acham internos e internados, em domicílios, reformatórios, asilos, delegacias prisões hospitais e também, também naquela instituição paradigmática dessas todas, segundo Giorgio Agamben, que é o campo de concentração, para refugiados ou prisioneiros em geral, que possuam status indefinido⁶⁵.

A desumanização, que ocorre especificamente no campo de concentração, gera uma figura chave para o pensamento de Agamben, o *muselmann*, que é aquele que, nos campos chegou a um estado tal de decrepitude e desrespeito existencial que se hesita chama-lo de vivo e se hesita chamar sua morte de morte, é a figura limite entre o humano e inumano⁶⁶.

⁶⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago; GARBELLINI CARNIO, Henrique. **Teoria Política do direito** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 117.

⁶⁶ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 82.

De tal forma que a noção de *homo sacer* se mantém ainda hoje presente na massa de excluídos submetidos a um direito que se mantém e se legitima pelo uso da força, e que para se afirmar necessita da figura do outro, do excluído para se identificar o incluído.

De modo geral, segundo as investigações de Silvio Meira a palavra *sacer* indica dois sentidos: o primeiro de sagrado, i. e., alguma coisa que foi consagrada aos deuses e que, por isso mesmo, não pode ser violada, nem contaminada; o segundo de coisa execrada, desprezível, que contamina a quem dela se aproxima.⁶⁷

Segundo Agamben, a estrutura da *sacratio*, de modo unânime representa a conjunção de dois aspectos, a saber: a impunidade da matança e a exclusão do sacrifício. De modo que o que define realmente a condição de *homo sacer* não é simplesmente a pretensa ambivalência originária da sacralidade, que lhe é inerente, mas, acima de tudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência a qual se encontra exposto, ou seja, a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele e que não é classificável, nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio.

A aposta de Agamben é de que a proximidade entre a esfera da soberania e do sagrado vai além da ideia de que resta um simples resíduo secularizado do originário caráter religioso de todo poder político, mas a sacralidade é, sobretudo, a forma originária da implicação da vida nua na ordem jurídico-política, de modo que o *homo sacer* nomeia em sua relação com o bando algo como a relação política originária, a saber, a vida, enquanto, na exclusão-inclusiva, serve como referente à decisão soberana⁶⁸.

Um primeiro e imediato confronto é oferecido pela sanção que castiga o assassino do soberano. O assassinato do *homo sacer* não constituiu homicídio, pois não existe nenhum ordenamento que o assassinato do soberano tenha sido sempre simplesmente assinalado como um

⁶⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago; GARBELLINI CARNIO, Henrique. **Teoria Política do direito** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.78-79.

⁶⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago; GARBELLINI CARNIO, Henrique. **Teoria Política do direito** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 82.

homicídio. Ele constitui, em vez disso, um delito especial que é definido como crimen *lesae maiestatis*. Ainda nas constituições modernas, um traço secularizado da insacraficabilidade de vida do soberano sobrevive no princípio segundo o qual o chefe de Estado não pode ser submetido a um processo judiciário ordinário.

A constituição da esfera política da decisão soberana, consistente no direito de vida e morte, direito de fazer morrer ou deixar viver, é o fato jurídico primordial e a exceção é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através de sua própria suspensão. Tais afirmações evidenciam como a interpretação dominante do contrato social e da lógica da soberania – como fundamento racional de legitimidade do poder político – perde consideravelmente sua força de convencimento.

Na relação ambígua da violência com a política surge, segundo Agamben, os limites da própria violência, afirmando que a única violência que ainda existe na escala humana é a violência revolucionária. A ideia de uma violência revolucionária evidencia uma violência que nega a si mesma, uma vez que nega o outro, ela desperta a consciência da morte do eu, mesmo quando atinge a morte do outro, de tal forma que somente a “classe revolucionária” sabe que decretar a violência contra o outro, inevitavelmente é matar a si mesmo.

Como no ambiente da violência sagrada, a violência revolucionária pode ser descrita no sentido de uma autonegação e de um autossacrifício e, quando vista a partir dessa perspectiva, torna-se claro que a violência repressiva (que cumpre a lei) e a violência delinquente (que desafia a lei) não são diferentes da violência que visa a estabelecer novas leis e novo poder, pois, em cada caso, a negação do outro falha, tornando-se negação de si mesmo.

Além do paradoxo da inclusão/exclusão, o paradoxo constitutivo que envolve o conceito vindo da tradição do “reino das normas”, em outras palavras, a reflexão crítica sobre o estabelecimento de leis, normas comuns que deveriam reger a vida em comum dos homens, bem como a fundamentação do uso dessas normas e as possibilidades de sua validação ou transgressão.

A relatividade da noção de delito político deve-se ao fato de sempre encontrar-se ele condicionado pelas particularidades do momento histórico e do contexto político em que é previsto. Nas palavras de Raffaele Garofalo “tem-se notado como os crimes políticos, nos quais nenhum sentimento moral se ofende, se não distinguem por qualquer critério absoluto e que ações condenadas como criminosas sob certos regimes são julgadas heroicas sob outros”. Segue dizendo que “A evolução dos estados, como o desenvolvimento dos organismos individuais segue uma lei natural. Os que a secundam são politicamente honestos, os que a contradizem são os delinquentes políticos⁶⁹”.

O teórico do Direito Penal do Inimigo, Gunther Jakobs⁷⁰, dispõe que, em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso, por uma dupla razão, por um lado o delinquente tem direito a voltar a justar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão. Por outro o delinquente tem o dever de proceder a reparação e também os deveres tem como pressuposto a existência de personalidade, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seu ato.

No decorrer de seu trabalho, o autor vem a propor uma divisão do Direito Penal em dois sistemas, um que seria o Direito Penal do Cidadão e o outro que seria o Direito Penal do Inimigo. Assim, traz uma diferenciação entre o indivíduo e cidadão, de maneira que o delinquente para o Estado seriam as pessoas que tenham cometido um erro e indivíduos considerados como inimigos são aqueles que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico mediante coação, e a eles se destina sua teoria sobre o Direito Penal do Inimigo, em oposição ao chamado Direito Penal do Cidadão. Só é pessoa quem oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, como consequência da ideia de que toda normatividade necessita de uma cimentação cognitiva para poder ser pessoa. Direito Penal do Inimigo na verdade é um não direito, uma negação de direitos, uma vez que não está baseado em regras legais e nega aos inimigos as conquistas democráticas do Estado de Direito.

⁶⁹ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 223-224.

⁷⁰ JAKOBS, Gunther. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Org. e Trad. André Luiz Callegari. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros e se caracteriza por três elementos, o amplo adiantamento da punibilidade, penas desproporcionalmente altas e garantias processuais relativizadas, ou suprimidas. A periculosidade do agente passa a ser determinante da proteção e prevenção penal, como, por exemplo, nos crimes contra o Estado, em um verdadeiro direito penal de emergência, decorrente da absoluta necessidade da intervenção penal, de caráter subsidiário e eficaz.

O Direito Penal do Inimigo acolhe propostas que submetem o sistema penal a desconsideração de cidadãos, criando uma determinada classe de excluídos, criando duas categorias distintas de integrantes da sociedade, uma contendo os cidadãos sujeitos às garantias legais e a outra dos inimigos, que se sujeitam a tratamento diferenciado. Essa proposta acompanha um Direito Penal de crises, e em um sistema de emergência, a crise do Direito Penal recebe como resposta o próprio direito penal. Assim considerada a opção pela sistemática de crise, da emergência e do inimigo, a evidente distância entre os princípios orientadores do Estado Social e Democrático de Direito contidos na constituição formal leva a identificação de um Direito Penal que não mais se constitui ou se submete a valores constitucionalmente declarados, mas a valores constitucionais não declarados, provenientes de uma constituição real, a eleição de muito mais de um verdadeiro instrumento de guerra do que em um sistema de ordenação jurídico-social civilizada.

A discussão fundamental versa sobre a legitimidade do mesmo, que teria que se basear em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, em um contexto de emergência. Mas remanesce a questão conceitual se, então, o Direito Penal do Inimigo persiste sendo Direito, ou se já é, ao contrário, um não direito, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos excluídos. Nesse ponto sua teoria se relaciona a obra de Giorgio Agamben, ao analisar o trabalho de Schmitt sobre a ditadura constitucional e o Estado de Exceção, no qual a exceção vira a regra e o direito torna-se o instrumento de sua própria violação.

Para Jakobs, o conceito de inimigo de Schmitt é teológico e não se refere ao delinquente, mas sim ao hostil, quando em guerra civil, não é penal, mas político. O inimigo do Direito Penal do Inimigo é o delinquente perigoso. No entanto é inegável os pontos em comum nas obras de

ambos os autores, vez que o inimigo é aquele a ser excluído e eliminado, seja por uma decisão política do soberano ou por aquela tomada no âmbito do Sistema de Justiça Criminal.

As principais críticas ao Direito Penal do Inimigo é que ele não estabiliza normas, mas denomina determinados grupos de infratores, e não é um direito penal do fato, mas do autor, determinando sua punição com base no ser humano que viola regras sociais e não nas violações causadas, punindo a periculosidade e afastando a proporcionalidade como princípio definidor da pena imposta sem o respeito e adoção de garantias penais e processuais, em um caráter simbólico do direito, de cunho retributivo, buscando inclusive a antecipação de tutelas penais, em especial na modalidade de bens jurídicos universais, com a finalidade muito mais de resposta imediata a reclamos sociais do que produto de uma busca de solução para a criminalidade organizada, por exemplo, conforme dispõe Cláudio José Langroiva Pereira⁷¹.

Nesse sentido a figura do delinquente perigoso de Gunther Jakobs nada mais é que a representação daquele que deve ser excluído para a manutenção da própria ordem jurídica e social, e como forma de afirmação do Direito.

⁷¹ PEREIRA, Cláudio José. **Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Direito das Relações Sociais. São Paulo, 2006, p. 195.

4 SISTEMA DE JUSTIÇA E OS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE

Com esse referencial sistêmico, que se passa ao estudo dos direitos humanos na pós-modernidade, vez que diante os movimentos clássicos de restrição do direito penal aparecem demandas por uma ampliação da proteção penal que ponha fim a insegurança da sociedade de risco atual. A geração de novas realidades e novos riscos proporcionados pelo avanço da técnica traz assim o traço mais significativo das sociedades da era pós-industrial que é a sensação geral de insegurança, a ser combatida com a criminalização em matéria de meio ambiente, crimes econômicos, corrupção política etc.

A sociedade pós-moderna, de novos bens jurídico-penais supraindividuais, supervalorizou a segurança em detrimento da liberdade de agir. É neste panorama que a nova concepção de bens jurídico-penais universais, como aqueles envolvendo a criminalidade organizada, ligada ao terrorismo, narcotráfico e pornografia, bem como a denominada criminalidade empresarial, ligada ao meio ambiente, aos delitos econômico-fiscais, às relações de consumo, dentre outros que também podem envolver a corrupção político-administrativa, encontra respaldo para um direito penal expansivo.

Contraditoriamente para se fazer valer deste caráter garantidor e previdente, o direito penal pós-moderno caminha na defesa de bens jurídicos supraindividuais através da insegurança, acabando por relativizar princípios garantidores, como da irretroatividade e da proibição de analogia, bem como as próprias regras de imputação⁷².

O Direito Penal clássico da pós-modernidade está em crise e, com isso, além de falhar no aspecto garantista, não vem dando a resposta esperada como forma de proteção dos bens jurídicos e valores essenciais, não para extirpar a violência do seio da sociedade, mas, sim, para mantê-la em graus toleráveis, como prega a criminologia.

⁷² PEREIRA, Cláudio José. **Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Direito das Relações Sociais. São Paulo, 2006, p. 177.

Diante de novos riscos sociais, o Direito Penal deve ser reorganizado para cumprir a tarefa de proteção dos novos bens jurídicos, valendo-se de novas técnicas de tutela orientadas por uma tendência preventiva de ordenação (crimes de perigo); bem como outros meios de responsabilização (penas restritivas de direitos, multa), de forma a se suportar a eventual redução de garantias constitucionais na persecução criminal (ampla defesa, contraditório, presunção de inocência etc.).

Ao tratar das causas da expansão do direito penal, Jesus- Maria Silva Sanches destaca que há uma verdadeira exigência de mais proteção estatal e além do surgimento de novos riscos sociais, a sensação de insegurança cresce em grande parte por meio da conhecida exploração midiática de oportunas catástrofes do mundo todo. Há um crescente predomínio dos “sujeitos passivos”, que concebe como pessoas que são mais ou menos totalmente mantidas pela sociedade. Ressalta como motivo a fixação na vítima, e ainda o descrédito das outras instâncias de proteção. Destaca ainda os chamados gestores atípicos da moral, que criticam os mecanismos de repressão do Estado à medida que não lhes convém, mas exigem novos mecanismos que lhes beneficiem, vinculado ao fracasso da esquerda política e por fim cita a perda de toda forma de sacralização, isto é a perda da base de toda sociedade que não seja somente instrumental⁷³.

Desde a obra “Sociedade de Risco”, de Ulrich Beck, é lugar comum caracterizar o modo social pós-industrial em que vivemos como “sociedade do risco”, ou “sociedades de riscos”. Com efeito, a sociedade atual aparece caracterizada, basicamente por um âmbito econômico rapidamente variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade. A vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados) ⁷⁴.

Ademais, a sociedade pós-industrial europeia, por exemplo, é uma sociedade que expressa a crise do modelo do Estado do bem-estar, uma sociedade competitiva com bolsões de

⁷³ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 199-200.

⁷⁴ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 35-40.

desemprego, ou marginalidade – especialmente juvenil – irredutíveis, de migrações voluntárias ou forçadas, de choques de culturas. O certo é que todos esses elementos geram episódios frequentes de violência (em sua acepção mais ordinária de “criminalidade de rua” individual e em outras manifestações) mais ou menos explícita. Nesse modelo, de efeito, a própria convivência aparece como uma fonte de conflitos interindividuais. O fenômeno da “criminalidade de massas” determina que o “outro” se mostre muitas vezes, precisamente, e, sobretudo, como um risco, o que constituiu a outra dimensão (não tecnológica) de nossa “sociedade de risco”.

Um dos traços mais significativos das sociedades da era pós- industrial é a sensação geral de insegurança. De fato, não deixa de ser intranquilizador o manifesto paradoxo de que o incremento da interdependência social tenha lugar no contexto de uma sociedade de massas na qual se experimenta uma “dessolidarização” estrutural, com o patente retorno ao privado segundo critérios de interesse individual. E certamente esse é o modo social hoje dominante do “individualismo de massas”, no qual a sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados, e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.

Em última instância, a insegurança e a angústia podem também guardar relação com a intensa experiência do mal como elemento de nossa existência, que de modo significativo tem sido possível experimentar ao largo da interminável sucessão de guerras e destruição que caracterizou o recém-concluído século XX. Ainda não silenciaram os ecos das duas guerras mundiais e da sucessão ininterrupta de conflitos locais propiciados pela Guerra Fria e o processo de descolonização. A barbárie das guerras nacionalistas do Oriente Médio e dos Bálcãs, assim como o terrorismo, constituem ainda uma renovada vivência do mal que atemoriza e angustia.

Além disso, é incontestável a correlação estabelecida entre a sensação social de insegurança diante do delito e a atuação dos meios de comunicação. Assim, já se afirmou com razão que os “meios de comunicação, que são os instrumentos da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de

vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos⁷⁵”.

O autor segue sua análise sobre a sociedade do Estado do bem-estar social, e sua configuração em uma sociedade de classes passivas, formada por pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos educacionais, sanitários, pessoas ou entidades subvencionadas que se convertem nos cidadãos, os eleitores por excelência. Diante disso e certamente, ao menos em parte, pelo fenômeno da concentração do capital, as classes ativas, dinâmicas, empreendedoras, são cada vez menos numerosas.

Nas sociedades de sujeitos passivos existe também uma resistência psicológica ante a aceitação do caso fortuito, ante a admissão da possibilidade de produção de danos por azar, com uma crescente tendência a transformação do acidente fortuito, desgraça em injusto. Com efeito, no Direito Penal primitivo, e ainda hoje em certas sociedades, as catástrofes, a morte, uma enfermidade ou uma diminuição física ou psíquica frequentemente eram vistas como expressão de delitos de alguém. O Direito Penal moderno, partindo do racionalismo individualista e da consequente imputação de culpabilidade, separa radicalmente as noções de enfermidade e ilícito, de catástrofe e delito. Nos últimos anos manifesta-se uma tendência irrefreável a contemplar a catástrofe como delito e imputar-lhe, de um modo ou de outro, a um responsável: nesse caso já a uma pessoa e não a uma força da natureza. A vítima sempre se pergunta por um responsável, daí que a “expansão da imputação” acabe dando lugar a processos de despersonalização e, sobretudo, amoralização (isto é, de perda de conteúdo moral) na imputação.

A expansão do sistema do Direito Penal, assentada nos aspectos já comentados, responde ainda a um fenômeno geral de identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito, mais do que com o autor (sujeito ativo). Com efeito, nesse plano se está produzindo uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (*jus puniendi*): de uma situação em que se destacava, sobretudo, “a espada do Estado contra o delinquente desvalido”, se passa a uma interpretação do mesmo como “a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos”. Isso

⁷⁵ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 47-48.

provoca uma transformação consequente também no âmbito do Direito Penal objetivo (*jus poenale*): em concreto, se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos, diante da intervenção coativa do Estado⁷⁶.

Silva Sanches segue se referindo ao descrédito de outras instâncias de proteção, quais sejam, à ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo. A ausência de uma ética social mínima torna, de fato, imprevisível a conduta alheia e produz, obviamente, a angústia, e ressalta que nas sociedades modernas, nas quais durante décadas se foram demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, não parecem funcionar como instâncias autônomas de moralização, de criação de uma ética social que redunde na proteção dos bens jurídicos.

Jean-Claude Gullebaud dispõe que quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados – e, sobretudo uma definição elementar do bem e do mal – se desvanecem, é o Código Penal que os substitui. Se você fala com os magistrados, eles afirmam que deles se exige uma tarefa impossível: não apenas aplicar o direito, que é sua função natural, senão também a de produzir valores, para a qual não se sentem qualificados. Corresponde a sociedade traçar a fronteira entre o bem e o mal, entre o que está permitido e o que não está⁷⁷.

No que diz respeito ao Direito Civil de ressarcimento por danos, o autor faz uma crítica a evolução do direito indenizatório, desde um “modelo da responsabilidade” até um “modelo do seguro”. Assim, por um lado, se o dano está segurado, é quase inevitável que diminuam os níveis de diligência do agente, pois a seguradora responderá pelo montante da indenização, sendo sua repercussão individual, na pior das hipóteses, a correspondente a um aumento geral de valores de prêmios de seguro. Logo, o modelo do seguro tem como consequência um decréscimo da eficácia preventiva que o direito de responsabilidade civil por danos poderia ter em relação a condutas individuais danosas.

⁷⁶ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 52-65.

⁷⁷ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.75-77.

Quanto ao Direito Administrativo, o recurso ao princípio da oportunidade, ao que se vem somando a incontável burocratização e, sobretudo, a corrupção, se perde em meio a um crescente descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos).

O resultado é uma visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, e supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*, transferindo ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar⁷⁸.

Por conseguinte, Silva Sanches trata dos gestores “atípicos” da moral, que adotam o discurso da segurança, favorável as reformas contrárias às garantias tradicionais do Direito Penal, devido a constatação da limitada capacidade do Direito Penal clássico de base liberal para combater fenômenos de macrocriminalidade.

Por fim ressalta que fenômenos de desformalização e privatização, a renúncia à dimensão de igualdade e generalidade, de distância e imparcialidade em favor de soluções “de emergência” redirecionam as reações contra o delito ao âmbito do cotidiano. Com isso, privam-lhes da sacralização tradicionalmente própria do que é público, de seu conteúdo simbólico, as deslegitimam e conduzem a uma diminuição da eficácia preventiva, que pode requerer, como compensação, um incremento da sanção em seu sentido fático⁷⁹.

Ao tratar das chamadas velocidades do direito penal, o autor caracteriza a primeira velocidade como aquela referente a imposição de penas privativas de liberdade e no qual devem manter-se os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações em que ao imporem-se penas pecuniárias ou restritivas de direitos caberia flexibilizar de modo proporcional os princípios e regras clássicos ante a menor gravidade das sanções.

⁷⁸ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 77-79.

⁷⁹ SANCHES, Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal**. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 96.

No contexto do direito penal pós-moderno ganha relevância uma terceira velocidade, representada pelo chamado direito penal do inimigo, na qual o direito penal na pena da prisão concorra com uma ampla relativização de garantias políticos-criminais, regras de imputação e critérios processuais, que representa o paradigma da exclusão pelo direito.

4.1 A definição do inimigo hoje e os direitos humanos

Para Agamben, há uma hipertrofia do direito, que pretende legislar sobre tudo, o que resulta, devido a um excesso de legalidade, em uma perda excessiva de qualquer legitimidade⁸⁰. É nesse sentido que o uso desmedido do direito penal como solução para os problemas de segurança pública e justiça criminal vem trazer um alerta sobre os perigos do ressurgimento de diversas políticas criminais arbitrárias e características de períodos ditatoriais, em sociedades sob a égide de Estados de Direito que se dizem democráticos.

Após a Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um movimento político-jurídico de reunir as pessoas em uma comunidade mundial, ou melhor, proteger a todos universalmente. As políticas de união dos povos, de universalização não vêm produzindo menos guerra ou menos mortes, pois como já foi dito, a colocação do homem no discurso legal o tornou vida nua, vida natural.

Como exemplo, pode-se citar que, em época de guerra, a crueldade humana retorna, pois a civilização não consegue erradicar o mal, na medida em que não suprime as pulsões. Porém, os homens se mantêm em civilização por meio de um narcisismo coletivo, que valoriza as qualidades do grupo em detrimento do outro. É como uma compensação comum as exigências da civilização, é um retorno contra todos os que são percebidos como diferentes, estrangeiros, perigosos ou ameaçadores. Aqui se tem a identificação com a massa, como descrita por Freud em

⁸⁰ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p.71.

“Psicologia de grupos e análise do ego”, que se assemelha ao sentimento existente na horda primitiva⁸¹.

O estrangeiro é aquele que está distante da sua família, do seu grupo e do seu sistema de leis, portanto, ele é reduzido a um estado de humanidade nua e abstrata, sem identidade coletiva, apenas um exemplar da humanidade universal. O estrangeiro representa o trauma que deve ser expurgado. Tem-se aqui uma semelhança com o conceito *homo sacer* de Agamben, porém, para o filósofo italiano, essa situação é generalizada, não se refere ao caso isolado do estrangeiro, ou melhor, refere-se ao que há de estrangeiro em cada um dos cidadãos, já que, para ele, na biopolítica contemporânea, todos são estrangeiros em sua própria terra ou grupo⁸².

Quando o direito dos homens resolve conceituar o que é homem e o que é vida, dois problemas surgem: o primeiro separa aqueles que são homens, que correspondem à conceituação da lei, daqueles que não são; separa a vida que é juridicamente vida da não vida, daquela que não vale a pena ser vivida. O segundo refere-se à generalização que a lei cria, pois não deixa espaço para a subjetividade e, portanto, a lei desumaniza o homem.

Com o esforço político-administrativo de anular o desejo constitutivo do sujeito e tornar o indivíduo social apenas uma categoria descrita na lei, perde-se não apenas a subjetividade, mas obviamente, a intersubjetividade, que esta impregnada pela identificação. Assim, sem a identidade de um com o outro, matar não significa tirar a vida de um ente humano por outro ente humano, mas passa a ser apenas eliminar uma vida sem refletir nenhum sentimento de ódio ou amor. Tem-se constituído a banalidade do mal.

No âmbito local, há uma proliferação de leis com o objetivo de proteger as mais íntimas diferenças. Com as leis no mundo administrativo capitalista tem vigência, mas não tem força, como afirma Agamben, não há problema em legislar e criminalizar qualquer sintoma do mal-estar social, seja a homofobia, seja o racismo.

⁸¹ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 141-143.

⁸² TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 145-146.

Criando-se a lei, abafa-se o conflito que faz emergir o sintoma, esvaziando o significado das reivindicações e produzindo mais violência, pois a criminalização não desfaz as diferenças, apenas torna legítima uma determinada violência (a do Estado) e este impede que o conflito entre os homens seja criativo, reformador, organizador das relações intersubjetivas da palavra⁸³.

De maneira que a questão política contemporânea esta além do mal-estar e do narcisismo das pequenas diferenças. Não se trata de nomear o outro como inimigo o que, de certo modo, está presente no próprio processo de subjetivação, mas, ao contrário, a política contemporânea, a criação do *homo sacer* revelam o processo de desumanização que aquela provoca.

O conceito de biopolítica nomeia o processo em que o homem sofre uma generalização, ou seja, diminui-se o espaço para a singularidade da política. Nesse contexto, os desejos humanos não são o objeto político por excelência, não existe um projeto que vise à coletividade, respeitando suas semelhanças e diferenças. O que há é uma administração das populações, por parte do Estado e um movimento visando torna-lo uniforme, para facilitar o seu governo, e a melhor forma de fazer isso é tornar os indivíduos dados estatísticos. Sendo assim, a vida perde o sentido filosófico-político de ser determinada e determinante da política, para se tornar apenas uma vida qualquer, pura e simples, sem qualquer traço de humanidade⁸⁴.

De maneira que a questão do inimigo hoje se mostra o cerne das políticas criminais pós-modernas. Não foi difícil encontrar no fundamentalismo islâmico e no “terrorista árabe” ótimos sucessores para os velhos “comunistas”. De atentado em atentado, a mídia, os preconceitos culturais e religiosos que persistem desde os tempos das Cruzadas e os homens que se encarregam de elaborar os discursos que mantêm viva a doutrina da segurança nacional, souberam aproveitar bem cada segundo na construção do novo inimigo. Mas assim como no caso dos velhos criminosos comunistas, também os novos criminosos islâmicos são sempre vistos como uma ameaça externa. Em ambos os discursos, os criminosos e os grupos em que esses se

⁸³ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 154-157.

⁸⁴ TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização** – aproximações entre Agamben e a psicanálise. São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013, p. 164.

organizam sempre agem inspirados em doutrinas que vem de fora, que vem do estrangeiro tentando destruir a segurança da nação. No caso do comunismo, a doutrina inimiga era eminentemente política. No caso do islâmico, é religioso, com um forte componente político⁸⁵.

A imagem dos mais recentes e originalíssimos inimigos do Estado esta sendo delineada com maestria pelos ideólogos do movimento “*Law e Order*”, elaborada e amadurecida por anos de violência sistemática contra negros e latinos nos subúrbios das grandes cidades dos Estados Unidos da América. É no criminoso de rua, no pequeno delinquente, que passa a se encontrar o principal protagonista da mais nova transfiguração do “*crimen laesae maiestatis*”.

É através da construção desta nova figura mitológica que os discursos e práticas legitimadoras da doutrina da segurança nacional e de sua aplicação na vida da sociedade civil, passam a ser equacionados às peculiaridades da segurança pública, adentrando no cotidiano desta última. A velha e desgastada imagem do subversivo comunista – nas versões do revolucionário “Che” Guevara ou do sindicalista semianalfabeto – assim como a do árabe fundamentalista islâmico – seja este xiita ou talebã – passa a ser substituída por um novo inimigo, criminoso por excelência, o pequeno criminoso de rua⁸⁶.

Frequentemente associado a uma das várias etapas da cadeia do narcotráfico, como revendedor ou consumidor, o delinquente de rua, novíssimo monumento do maniqueísmo penal, é fruto das desastrosas políticas econômicas levadas a cabo nos países do Ocidente a partir das ultimas décadas do século XX. Políticas geradas por elites irresponsáveis, criadoras de um estrondoso e alarmante déficit de justiça social, que tem conduzido a um empobrecimento rápido de grande parte da classe média e a pauperização das classes mais humildes. Elites que teimam em esconder os seus interesses econômicos e as suas manifestas demonstrações de incompetência na administração do poder público através de uma eficaz estratégia de criminalização das classes mais pobres da sociedade. É deste modo que a associação entre pobreza e narcotráfico,

⁸⁵ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na historia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 355.

⁸⁶ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na historia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 356.

encontrada no *curriculum vitae* de todo delinquente de rua, passa a ser indicada como a culpada de toda a explosão de violência e criminalidade vivida atualmente na grande maioria dos países capitalistas do Ocidente.

Além dos típicos mecanismos da doutrina de segurança nacional, o cerne da política de segurança pública baseado no “*Law e Order*” tem apresentado também algumas outras estratégias significativas. A atuação da mídia na construção da imagem do novo inimigo e como instrumento de propagação do pânico situa-se entre ela. Devido à necessidade de ser politicamente credíveis e rentáveis, como aconteciam com as políticas de segurança nacional, as campanhas a favor da nova segurança pública apoiam-se em medidas espetaculares cobertas com primor pela mídia jornalística. Tenta-se, deste modo, provar que a ação do governo deve ser rápida e forte, prescindindo dos vínculos impostos pela legalidade.

O grande desafio que a sociedade civil encontra à sua frente nestes primeiros anos do século XXI é o de repudiar com força todas as formas de controle penal baseadas na “vocação totalitária do Estado”. Evitar que a tão esperada Era da Globalização tenha o seu ex rdio marcado pelo retorno de doutrinas baseadas no uso de normas de combate aos crimes políticos como instrumento para legitimar a repressão dos direitos civis e políticos, das liberdades fundamentais e dos princípios do Estado Democrático de Direito⁸⁷.

4.2 A questão da liberdade e a psicanálise

Diante da realidade do sistema político-criminal da pós-modernidade, a noção de liberdade pela perspectiva da filosofia do direito e da psicanálise, vem estabelecer qual seria a nossa esfera de liberdade para realizar as escolhas essenciais ao longo de nossas vidas, ou seja, até que ponto somos de fato livres.

⁸⁷ DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na historia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 361-362.

Muitas de nossas decisões são movidas por pressões externas ou por desejos inconscientes. Embora a ausência de liberdade absoluta de vontade ou livre-arbítrio seja inerente à natureza humana, a esfera de liberdade pode afigurar-se mais reduzida ainda diante de situações nas quais o indivíduo padece de algum transtorno mental, assim como nas situações em que é submetido por outrem a coação psíquica, ou naquelas nas quais não encontra na comunidade em que vive espaço para desenvolver suas potencialidades e realizar seus objetivos.

Nesse sentido merece destaque o estudo de Hannah Arendt sobre a consciência da titularidade de direitos, como condição fundamental para seu exercício, entre eles a liberdade. A condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados, tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência⁸⁸.

Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na terra, e até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições, que a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana ou entre em duradoura relação com ela assume imediatamente o caráter de condição da existência humana. É por isso que os homens independentemente do que façam, são sempre seres condicionados.

Por sua vez, quanto a essa condição humana, ao estabelecer o debate entre livre arbítrio e determinismo, se destaca a questão levantada por Erich Fromm sobre uma noção de liberdade ligada a condição econômica. O autor questiona se alguém crescido em ambiente de pobreza, material e espiritual, desprovido de amor ou de preocupação com outras pessoas, além de ter o corpo condicionado por anos à bebida poderia ter liberdade de escolhas⁸⁹.

Para Amartya Sen, a expansão da liberdade é vista como o principal fim e o principal meio do desenvolvimento. O desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que

⁸⁸ ARENDT, Hannah. **A condição Humana**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 17-18.

⁸⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; MINERBO, Marion. **Liberdade (possível) e normativa ou ontológica, ideal ou possível, a noção de liberdade analisada da perspectiva da Filosofia do Direito e da Psicanálise**. Coleção Guias da Psicanálise Freud – Vol. 01. Escala, p. 66.

limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais argumenta-se, é constitutiva do desenvolvimento⁹⁰.

Nesta abordagem, a expansão da liberdade é considerada o fim primordial e o principal meio do desenvolvimento do próprio direito. Podemos chama-los, respectivamente, o "papel constitutivo" e o "papel instrumental" da liberdade no desenvolvimento. O papel constitutivo relaciona-se à importância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana. As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como, por exemplo, ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. Nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração.

A relação instrumental é igualmente importante, mas a relevância do papel instrumental da liberdade política como um meio para o desenvolvimento de modo nenhum reduz a importância avaliatória da liberdade como um fim do desenvolvimento. A importância intrínseca da liberdade humana como o objetivo preeminente do desenvolvimento precisa ser distinguida da eficácia instrumental da liberdade de diferentes tipos na promoção da liberdade humana. O papel instrumental da liberdade concerne ao modo como diferentes tipos de direitos e oportunidades contribuem para a expansão da liberdade humana em geral e, assim para a promoção do desenvolvimento. Não se trata aqui meramente da óbvia inferência de que a expansão de cada tipo de liberdade tem de contribuir para o desenvolvimento, uma vez que ele próprio pode ser visto como um processo de crescimento da liberdade humana em geral. Há muito mais na relação instrumental do que esse encadeamento constitutivo. A eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade apresentam inter-relação entre si, e um tipo de liberdade pode contribuir imensamente para promover liberdades de outros tipos. Portanto, os dois papéis estão ligados por relações empíricas, que associam um tipo de liberdade a outros⁹¹.

⁹⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 09.

⁹¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 51-53.

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas — dada à oportunidade — na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O Estado e a sociedade têm papéis no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de ação, e não de entrega sob encomenda⁹².

Para tanto, a psicanálise vem trazer uma visão sobre desenvolvimento ligada à autoconsciência de si mesmo, interligando os conceitos acima apresentados à essência do ser humano. A busca pelo autoconhecimento e a evolução humana através do desenvolvimento de cada indivíduo em potencial. O desenvolvimento como liberdade do indivíduo aprisionado dentro de um sistema que o controla e dirige para um fim, seja ele político ou econômico.

Para Espinosa, que sustentava a consciência dos desejos, mas não dos motivos desses desejos, se tivéssemos o poder de viver conforme a razão, e não pelo desejo cego, certamente viveríamos de acordo com as regras sabiamente instituídas, sob a conduta da razão. Por via de consequência, seríamos livres, felizes, sem sofrimentos e tristezas. Porém, a influência das paixões no agir humano é inegável⁹³.

Acerca da liberdade originária, Erich Fromm faz referência ao mito da história humana, no qual o homem e a mulher viviam no paraíso, em harmonia perfeita entre eles e com a natureza. Não havia escolhas a serem feitas. Por esse motivo, não havia necessidade de cogitar-se da liberdade. O homem, ao violar a proibição de comer do fruto da árvore do conhecimento do bem e do mal, rompe com o estado harmônico com a natureza. Embora do ponto de vista religioso, essa conduta seja considerada pecado, do ponto de vista humano, marca o início da liberdade e o nascimento da razão. Expulso do paraíso, o homem torna-se mortal e adquire

⁹² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 70-72.

⁹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; MINERBO, Marion. **Liberdade (possível) e normativa ou ontológica, ideal ou possível, a noção de liberdade analisada da perspectiva da Filosofia do Direito e da Psicanálise**. Coleção Guias da Psicanálise Freud – Vol. 01. Escala, p. 67.

consciência reflexiva e de sua finitude. A desobediência à interdição ao fruto proibido simboliza o rompimento do preestabelecido, para ter início o processo de individuação⁹⁴.

Este, segundo Jung, implica:

Sair da acomodação, deixar o lugar que se tornou estreito, romper com o estatuído, trair o preestabelecido, para saber-se na imparidade. O conhecer-se a si mesmo e a aquisição do conhecimento do mundo conferem competência para alcançar revelações nunca antes imaginadas, ter o poder de modificar o ritmo da natureza (ALVARENGA, 2009, p. 121).

Nesse ponto, inicia-se a discussão atinente a relação entre liberdade e culpabilidade penal, na medida em que a culpabilidade pressupõe, em cada caso concreto, a capacidade e a possibilidade de agir de modo diverso, em consonância com a norma penal preestabelecida. Só é passível de culpabilidade e de reprovação o indivíduo que age contra a norma, quando podia atuar de outro modo, evitando a conduta proibida.

O classicismo penal oriundo do Iluminismo reconhecia o livre arbítrio como fundamento das penas impostas aos delitos resultantes da vontade livre e inteligente do delinquente (Carrara, 1957, p.11). Já para a escola positiva, representada pelo positivismo criminológico de Lombroso, o crime apresenta-se como manifestação necessária do determinismo universal dos fenômenos naturais. O delinquente, dado seu comportamento atávico, desprovido do livre arbítrio, não consegue organizar-se a ponto de evitar o cometimento do crime.

Com o surgimento da corrente filosófica criminal denominada Nova Defesa Social, há um distanciamento do determinismo preconizado pelo positivismo criminológico. A nova corrente postula o livre arbítrio como fundamento da responsabilidade penal, visualizando no infrator uma responsabilidade de cunho moral, arrimada na noção do dever de respeito à coletividade,

⁹⁴ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; MINERBO, Marion. **Liberdade (possível) e normativa ou ontológica, ideal ou possível, a noção de liberdade analisada da perspectiva da Filosofia do Direito e da Psicanálise.** Coleção Guias da Psicanálise Freud – Vol. 01. Escala, p. 67.

decorrente do convívio em sociedade, sem indagar o conteúdo real de liberdade que possuímos em cada passo da nossa existência.

Há, portanto, um distanciamento entre o conceito ontológico de liberdade e a visão normativa de liberdade que irá servir de fundamento para a culpabilidade no âmbito do direito penal. Todavia, a conscientização da perspectiva ontológica de liberdade, não normativa, além de propiciar novos enfoques acerca da culpabilidade, principalmente no tocante a não exigibilidade de conduta diversa - como causa excludente dessa culpabilidade – capaz de contribuir para a humanização cada vez maior do Direito Penal, sem que com isso sejam enfraquecidas suas almejadas funções preventivas e socializadoras⁹⁵.

Em “O ego e o Id” (1923), Freud criou um modelo de aparelho psíquico constituído por três instâncias: o id, o ego e o superego. O ego tem a função de fazer a mediação entre os impulsos do id, que exigem descarga imediata das tendências psíquicas; o superego, que tende a impedir essa descarga mesmo nas condições em que isso é possível; e a realidade. O sujeito deve ser capaz de avaliar as consequências da descarga dos impulsos para decidir se deseja – e se pode – pagar o preço por suas escolhas. O ego deveria, pois facilitar a gratificação dos impulsos do id, quando possível, e sustentar a renúncia, tolerando certas frustrações, quando entender que é necessário.

Contudo, um ego frágil não consegue nem uma coisa nem outra. Um efeito do processo analítico é "fortalecer" o ego, no sentido de torna-lo mais apto para essa tarefa de mediação, sem uma submissão excessiva e desequilibrada ao id, ao superego e a realidade.

A mediação suficientemente harmoniosa entre as três instâncias cria as condições necessárias para a liberdade possível e desejável, conciliando interesses do indivíduo e da sociedade. O processo analítico é, essencialmente, um processo civilizatório, que conduz o sujeito a assumir a responsabilidade por seus atos. Em alguma medida o sujeito deixa de "ser

⁹⁵ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; MINERBO, Marion. **Liberdade (possível) e normativa ou ontológica, ideal ou possível, a noção de liberdade analisada da perspectiva da Filosofia do Direito e da Psicanálise.** Coleção Guias da Psicanálise Freud – Vol. 01. Escala, p. 68-70.

agido" por seus sintomas quando reconhece e se submete a Lei Simbólica, submeter-se a lei simbólica é fazer parte da civilização.

O código garante o laço social, qualquer que seja a sociedade, e por isso precisa ser respeitado. Alguém pode não se submeter à proibição, não por recusa em fazer parte da sociedade, mas por considerar que o artigo é injusto. Nesse caso tentará alterar o código para instituir outro, ao qual obedecerá. Por meios democráticos ou pela via da revolução, caso em que estabelecerá um pacto social com outros revolucionários.

A Lei simbólica interdita duas coisas: incesto e parricídio. O incesto é uma metáfora do desejo persistente de prazer absoluto. O parricídio é entendido como ato que visa a eliminar todo e qualquer obstáculo à realização do incesto. Renunciar ao incesto e ao parricídio é a única maneira de recuperar a liberdade e a potência para fazer escolhas na vida, responsabilizando-se plenamente por elas.

O sofrimento emocional excessivo na tenra infância obriga o sujeito a lançar mão de mecanismos de defesa extremos, que podem torna-lo definitivamente incapaz de submeter-se a Lei simbólica. Em tais casos é pouco provável que medidas educativas alcancem modificar efetivamente uma estrutura psíquica já cristalizada. A única saída é a prevenção.

Do ponto de vista psicanalítico, o sujeito psíquico "é agido" por forças que ultrapassam sua consciência. Reconhecer isso é reconhecer que ele não é uno, mas múltiplo e desconcentrado. Idealmente, o processo psicanalítico visa ao "fortalecimento" do ego, propiciando maior liberdade de escolhas e equilíbrio entre as instâncias psíquicas – ego, id e superego – conciliando assim interesses do indivíduo e da sociedade. Esse processo confere ao indivíduo maior capacidade de assumir responsabilidades por seus atos e para que este deixe de "ser agido" por sintomas de natureza antissocial, submetendo-se a lei simbólica, responsável pela interdição do incesto e do parricídio.

Nesse sentido, afigura-se importante que a sociedade ofereça condições para que o sujeito psíquico em formação se estruture de maneira a conseguir submeter-se à Lei Simbólica, bem como para que encontre no laço social espaço e condições de desenvolver suas potencialidades⁹⁶.

Em “Educação após Auschwitz” Theodor Adorno traz a questão da importância da educação da primeira infância, e enfatiza a importância de metas educacionais voltadas para a criação de uma consciência da necessidade de se evitar a barbárie, simbolizada pelo horror de Auschwitz, que foi a regressão, e a barbárie continuará existindo enquanto persistirem no que têm de fundamental as condições que geram esta regressão.

Como hoje em dia é extremamente limitada à possibilidade de mudar os pressupostos objetivos, isto é, sociais e políticos que geram tais acontecimentos, as tentativas de se contrapor à repetição de Auschwitz são impelidas necessariamente para o lado subjetivo. Com isto me refiro à psicologia das pessoas que fazem coisas desse tipo. Não acredito que adianta muito apelar a valores eternos, acerca dos quais justamente os responsáveis por tais atos reagiriam com menosprezo; também não acredito que o esclarecimento acerca das qualidades positivas das minorias reprimidas seja de muita valia. É preciso buscar as raízes nos perseguidores e não nas vítimas, assassinadas sob os pretextos mais mesquinhos. Toma-se necessário o que a esse respeito denominei inflexão em direção ao sujeito⁹⁷.

É preciso reconhecer os mecanismos que tornam as pessoas capazes de cometer tais atos, é preciso revelar tais mecanismos a eles próprios, procurando impedir que se tornem novamente capazes de tais atos, na medida em que se desperta uma consciência geral acerca desses mecanismos. Os culpados não são os assassinados, nem mesmo naquele sentido caricato e sofista que ainda hoje seria de agrado de alguns. Culpados são unicamente os que, desprovidos de consciência, voltaram contra aqueles seu ódio e sua fúria agressiva. E necessário contrapor-se a tal ausência de consciência, é preciso evitar que as pessoas golpeiem para os lados sem refletir a respeito de si próprias. A educação tem sentido unicamente como educação dirigida a uma autorreflexão crítica.

⁹⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; MINERBO, Marion. **Liberdade (possível) e normativa ou ontológica, ideal ou possível, a noção de liberdade analisada da perspectiva da Filosofia do Direito e da Psicanálise**. Coleção Guias da Psicanálise Freud – Vol. 01. Escala, p. 70-71.

⁹⁷ ADORNO, Theodor. **Educação após Auschwitz**. Trad. Wolfgang Leo Maar. In: Educação e emancipação. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995. p.119-138.

Na medida em que, conforme os ensinamentos da psicologia profunda, todo caráter, inclusive daqueles que mais tarde praticam crimes, forma-se na primeira infância, a educação que tem por objetivo evitar a repetição precisa se concentrar na primeira infância.

Adorno, em seu texto inicia com a ideia da exigência de que Auschwitz não se repita como a primeira de todas para a educação. Anuncia que a barbárie continuará existindo enquanto persistirem no que têm de fundamental as condições que geram esta regressão à Auschwitz. O pavor vem justamente disso, pois apesar da não visibilidade atual dos infortúnios, a pressão social continua se impondo, impelindo as pessoas em direção ao que é indescritível e que, nos termos da história mundial, culminaria em Auschwitz, fazendo com que o autor retorne a Freud, que identificou de forma perspicaz que a própria civilização, por seu turno, origina e fortalece progressivamente o que é anticivilizatório⁹⁸.

Desta maneira, pensar em política criminal na pós-modernidade é refletir não somente sobre medidas emergenciais tomadas de modo autoritário em ambientes democráticos a fim de satisfazer interesses políticos de governos de ocasião. O ideal do Estado Democrático de Direito deve ser construído nas bases sólidas do conhecimento fruto de uma política estatal voltada para a formação e educação de seus cidadãos.

⁹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago; GARBELLINI, Carnio Henrique. **Teoria Política do direito** 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 236.

CONCLUSÕES

Tendo em vista as principais características dos Sistemas de Justiça Criminal através da história, vislumbra-se um longo caminho a ser percorrido para se atingir o ideal de justiça buscado pelos defensores dos direitos humanos em todo o globo, cuja expectativa de concretização deve estar sempre presente.

Desde as sociedades de cultura primitiva que a questão criminal se mantém como um desafio para o desenvolvimento da humanidade. Cabe hoje aos Estados, detentores do monopólio da violência, o combate à criminalidade, contudo, a realidade tem demonstrado que a ação estatal perde sua legitimidade quando busca o direito penal como forma de coação social contra os excluídos do sistema, com a utilização do direito para violar o próprio direito de seus cidadãos, com uma demanda real ou fictícia por mais proteção estatal, que nos torna vítimas de nossos próprios medos.

O medo do outro, daquele considerado inimigo, tem sido a grande arma dos Estados para controlar suas populações e mantê-las sob controle e vigilância, sem perceberem que elas próprias podem vir a ser tratadas como o outro, o *homo sacer* de que Agamben trata, e que pode ser morto sem que sua morte seja considerada homicídio e cuja vida não merece ser vivida. É a era do biopoder, na qual a política contribui para a desumanização do homem à medida que lhe oferece uma legislação de proteção e garantia de direitos fundamentais que não se efetiva e não encontra correspondência na realidade das sociedades de risco.

A consolidação dos ideais democráticos dentro das instituições do Estado passa necessariamente pela formação humanística dos agentes estatais para que estes possam agir dentro da legalidade e se reconhecer dentro de um Estado Democrático de Direito, que assim o seja de fato.

Porém, o Estado nada mais é do que a representação de seu povo, e suas políticas públicas refletem os valores e interesses de sua sociedade. O Estado fundado no princípio da igualdade é

um Estado Democrático, pois para ele se trata da igualdade de cidadãos, portanto, um estado da liberdade, e se se entende o cidadão como livre, na medida em que exerce a liberdade como autonomia pública da vontade, pela participação na criação da lei que o rege. Trata-se do exercício da liberdade, como direitos políticos.

Diante da crise de representatividade da pós-modernidade, se exige a liberdade no domínio privado, e da parte do Estado o absoluto respeito por sua privacidade. Por outro lado, o exclusivo investimento na sua vida privada, a sacralização do privado que a “religião da privacidade” exige, conduz o homem a uma fuga da vida pública, ou seja, a uma indiferença não só diante de assuntos públicos ou políticos, como diante da necessidade de deliberar publicamente, facilitando o surgimento de novas políticas criminais que refletem as velhas políticas autoritárias de períodos de exceção, onde o exercício da cidadania e da livre expressão são suprimidos pela violência estatal, que necessita da apatia e consentimento da sociedade para manter o arbítrio.

Ocorre que a criminalidade a ser combatida nem sempre se traduz naquela que é mais nociva aos bens jurídicos tutelados pela norma, vez que o direito penal ora em expansão é usado como um instrumento de repressão voltado àqueles que vivem a margem da sociedade de consumo capitalista pós-moderna, como meio de controle das populações marginalizadas e como forma de marginalizar determinados grupos que ameaçam os interesses econômicos e políticos das elites.

Diante disso, há de se destacar a crescente tendência dos países ocidentais de enquadrar o delinquente de rua no conceito de inimigo, como aquele responsável pela sensação de insegurança que amedronta as populações. *O homo sacer* é o bode expiatório das mazelas sociais e econômicas da atualidade, e a demanda da sociedade pela sua punição representa a sede de vingança latente no ser humano contra aquele a quem direcionamos a violência que pulsa em cada um de nós.

Diante de tal realidade, o caminho que se busca percorrer passa necessariamente pela educação, em especial a educação na primeira infância. É importante que a sociedade ofereça

condições para que o sujeito psíquico em formação se estruture de maneira a conseguir submeter-se a Lei simbólica, ao Direito estabelecido, bem como para que encontre no laço social espaço condições de desenvolver suas potencialidades, ressaltando a importância do Estado proporcionar condições mínimas para o desenvolvimento do indivíduo, com consciência de sua titularidade de direitos e capacidade para exercê-los com responsabilidade dentro de uma sociedade pautada pelo respeito à dignidade humana, e que possa enxergar no outro um semelhante.

E diante das novas alternativas pós-modernas para o Sistema Penal, que refletem as antigas políticas de exclusão perpetuadas através de séculos, é de se destacar que a questão do inimigo e o seu tratamento diferenciado esteja presente nas políticas governamentais democráticas, como uma técnica de governo, embora característica de uma decisão política a ser tomada em estados emergenciais, como um meio de dar respostas aos anseios sociais por mais segurança e manter o status quo do governo dominante. Se o direito é fruto da política daquele que tem o poder da decisão soberana, é de se esperar que o Direito Penal atue dentro dos limites da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

De maneira que o incremento da violência na sociedade pós-moderna não poderá ser contida pelo reforço da proibição jurídica, mas antes por uma consideração das consequências psicológicas e sociais da secularização defendida pela ideologia oficial e por um real investimento na educação para a formação do indivíduo.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. **O sistema de administração da justiça criminal**. São Paulo: NEV/USP, 1991. (Relatório de pesquisa, mimeo).

_____. **Cidadania e administração da justiça criminal**. Ciências Sociais Hoje, 1994.

ADORNO, Theodor. Educação após Auschwitz. Trad. Wolfgang Leo Maar. In: Educação e emancipação. Tradução de Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer** – O poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte. Editora UFMG.

_____. **O que resta de Auschwitz**: O arquivo e a testemunha. Trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ARENDT, Hannah. **O sistema totalitário**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.

_____. **Da Revolução**. Brasília/São Paulo: Universidade de Brasília / Ática, 1988.

_____. **A condição humana**. 11ª Ed. São Paulo: Forense Universitária, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2ª Ed. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. Ver. Da Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BALERA, Wagner. **Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Conceito, 2011.

_____. Os direitos humanos como modelos normativos. In: **Revista Brasileira de Direitos Humanos**. Lex/Magister. Abril/Junho. 2012

CANCELLI, Elizabeth. **A Cultura do Crime e da Lei: 1889-1930**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

_____. **O mundo da violência: a polícia na Era Vargas**. Brasília: Universidade de Brasília, 1994.

CARVALHO ROLIM, Rivail. Estado, Sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no **governo Vargas – 1930/1945. Passagens**. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica, Rio de Janeiro: vol. 2 no. 5, setembro-dezembro 2010.

CHAUÍ, Marilena; FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. **Ideologia e mobilização popular**. São Paulo: CEDEC/Paz e Terra, 1978.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. 2ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Hemus, 2000.

DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: A repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Lós Derechos Fundamentales em La Teoria Del derecho*. In: **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. Trotta.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA, Leandro Ayres (org.). **Tipo: Inimigo**. Curitiba: FAE Centro Universitário, 2011.

FREUD, Sigmund. Totem e Tabu. In: **Obras Psicológicas Completas**. Ed. Standard Brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GIRARD, René. **A violência e o sagrado**. 3ª Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

GOMES, Abel Fernandes; ANTUNES, Rita de Cássia Alves; REGO, Roberta da Silva Dumas; CHAZAN, Carlos Eduardo Leite; RIBEIRA Renata Gil. **Persecução Penal e devido processo legal no Brasil e aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Criminal**. Disponível em: <http://www.propipi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos/alunos/5/01.pdf> >Acesso em: 05 fev. 2014.

GRAU, Eros. **ADPF 101**. Voto VISTA. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF101ER.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos - Prevenção – Repressão**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 6ª Ed. São Paulo: SRS, 2009.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. 3ª Ed. São Paulo: RCS, 2007.

_____. **Filosofia uma introdução**. Teresópolis: Daimon, 2009.

_____. GARBELLINI CARNIO, Henrique. **Teoria da ciência jurídica**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Teoria Política do direito**. A expansão política do Direito. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

JAKOBS. Gunther. **Direito Penal do Inimigo**: Noções e Críticas. Org. e Trad. André Luiz Callegari. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Alceu Amoroso. **Os direitos do homem e o homem sem direitos**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1974.

MACEDO JR. **Porto Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2ª Ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral**. Trad. Afrânio Coutinho. São Paulo: Dominus Editora S.A., 1962.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da Pena**. 2º Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____; MINERBO, Marion. **Liberdade (Possível) e Responsabilidade**. Conhecimento Prático Filosofia, v. 28, 2011.

_____; MINERBO, Marion. **Liberdade (possível) e normativa ou ontológica, ideal ou possível, a noção de liberdade analisada da perspectiva da Filosofia do Direito e da Psicanálise**. Coleção Guias da Psicanálise Freud – Vol. 01. Escala, 2011.

MOLINA, Antonio Garcia Pablos De. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONET, Jean-Claude. **Polícias e sociedades na Europa**. Série polícia e sociedade - vol.3. 2ª Ed. São Paulo: Editora da USP, 2002.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos**. 2ª Ed. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1989.

PARENTONI, Roberto. **Direito Penal**. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/direito/13-direito-penal>. Acesso em: 15 nov. 2012.

PEREIRA, Claudio José. **Proteção Jurídica Penal, Estado Democrático de Direito e Bens Jurídicos Universais**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Direito das Relações Sociais. São Paul, 2006.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. Tempo Social. **Revista de Sociologia da USP**, vol. 9, n. 1, 1997.

ROLLEMBERG, Denise; QUADRAT, Samantha (orgs.). **A construção social dos regimes autoritários: Brasil e America Latina**, volume II. Trad. Maria Alzira Brum Lemos. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Hazar Ed., Oxford, Inglaterra: University of Exford, Centre for Brazilian Studies, 2009.

ROLIM, Rivail Carvalho. Estado, sociedade e controle social no pensamento jurídico-penal no governo Vargas – 1930/1945. Passagens. **Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, Rio de Janeiro: vol. 2 no.5, setembro-dezembro 2010,

SÁ, Alexandre Franco de. **Metamorfose do poder: prolegômenos schimitianos a toda a sociedade futura**. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

SALAS, Luís P. **Justiça penal na América Latina: reformas e desafios.** In: Segurança Pública como tarefa do Estado e da sociedade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 1998. (Série Debates, 18).

SANCHES. Jesus-Maria Silva. **A expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** Trad. Inês Lohbauer. São Paulo: Escrita, 1996.

_____. **Legalidade e legitimidade.** Trad. Tito Livio Cruz Romão, Coord. e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das letras, 2002.

SHECAIRA, Sergio Salomão. SÁ, Alvaro Augusto. **Criminologia e os problemas da atualidade.** São Paulo: Editora Atlas, 2008.

SILVA, Marco Antonio Marques. **Processo Penal e Garantias Constitucionais.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TESHAINER, Marcus Cesar Ricci. **Política e Desumanização – aproximações entre Agamben e a psicanálise.** São Paulo: EDUC; FAPESP, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. 9ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Sobre direitos humanos na era da bio-política.** Kriterion, Belo Horizonte , v. 49, n. 118, Dec. 2008 , p. 268. Disponível em:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000200002&lng=en&nr
m=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100512X2008000200002&lng=en&nr=m=iso) Acesso em: 15 abr. 2014.

GOMES, Abel Fernandes, ANTUNES, Rita de Cássia Alves; REGO, Roberta da Silva Dumas; CHAZAN, Carlos Eduardo Leite; RIBEIRA, Renata Gil. **Persecução Penal e devido processo legal no Brasil e aperfeiçoamento do Sistema de Justiça Criminal.** Disponível em: <http://www.propipi.uff.br/ineac/curso/nufep/artigos/alunos/5/01.pdf> >Acesso em: 05 fev. 2014.